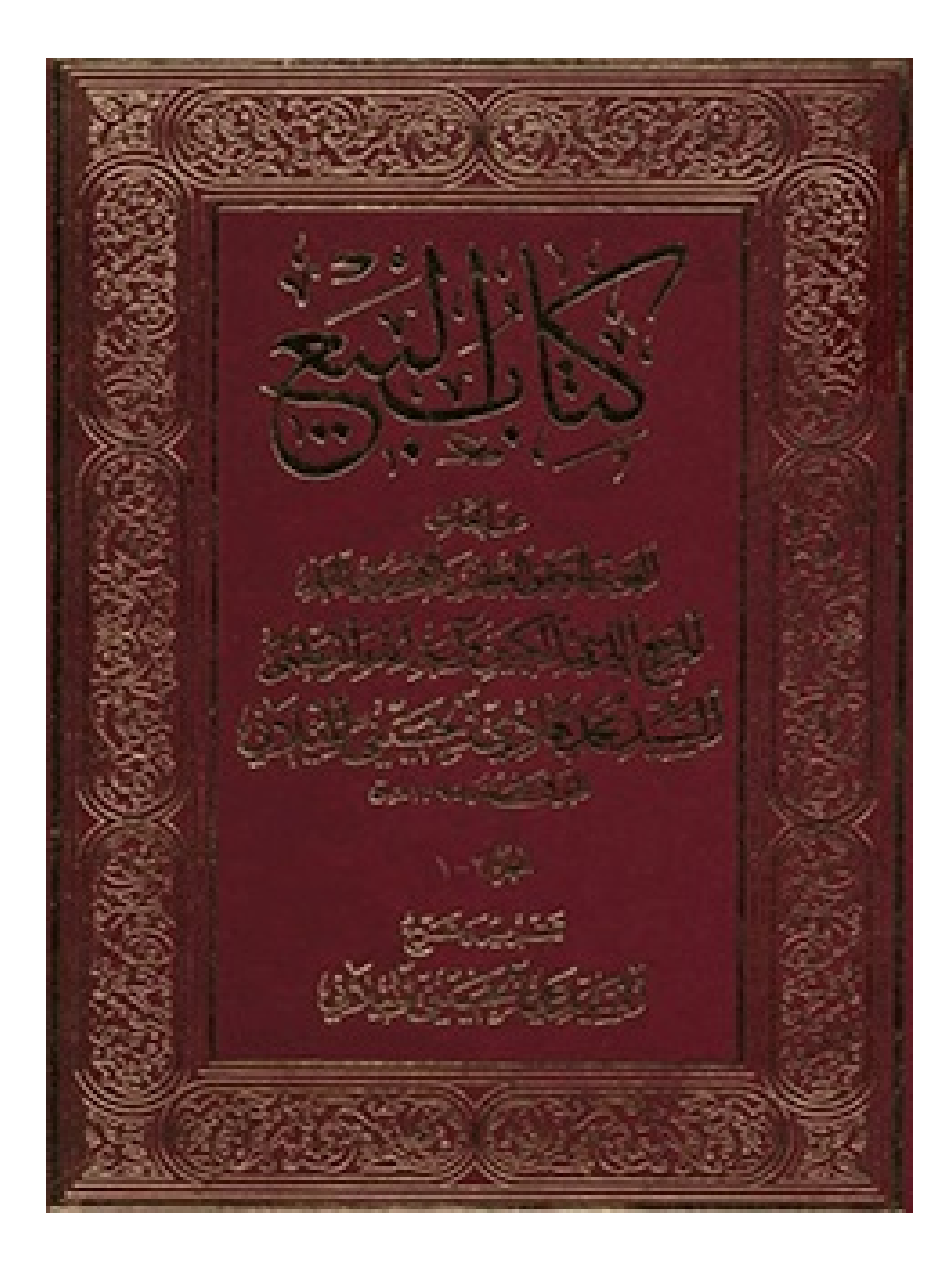

كتاب البيع


بسم الله الرحمن الرحیم

كتاب البيع

كاتب:

آیت الله علی حسینی میلانی

نشرت فی الطباعة:

مركزالحقايق الاسلاميه

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

كتاب البيع

اشاره

سرشناسه : حسینی میلانی، سیدعلی، ۱۳۲۶ -

عنوان قراردادی : کتاب البیع .شرح

عنوان و نام پدیدآور : کتاب البیع: من ابحاث الفقیه المحقق العظیم والاصولی الفذالمرجع الدینی الکبیر و آیه الله العظمی السید محمدهادی الحسینی المیلانی / تقریر و شرح علی الحسینی المیلانی.

مشخصات نشر : قم : مرکزالحقائق الاسلامیه □ ۱۴ق.-= ۱۳ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : ج.۲ ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۲۹-۳ : ؛ ۱۰۵۰۰۰ ریال: ج.۳ ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۲-۹ : ؛ ۱۱۵۰۰۰ ریال: ج.۴ ۹۷۸-۶۰۰-۵۳۴۸-۷۶-۷ :

وضعیت فهرست نویسی : فیپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرستنویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت : ج.۲ (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت : ج.۳ - ۴ (چاپ اول: ۱۳۹۲).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع -- نقد و تفسیر

موضوع : معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)

شناسه افزوده : میلانی، محمدهادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳ . کتاب البیع. شرح

رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/م۹ک۲۰۲۱۸ ۱۳۰۰ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۹۳۴۲۵۸

ص :۱

المجلد ۱

اشاره

ص :۱

مقدّمه الکتاب

بسم اللّه الرحمن الرحیم

الحمد للّه ربّ العالمین، والصّلاه والسّلام علی محمّد وآله الطّاهرین، ولعنه اللّه علی أعدائهم أجمعین من الأوّلین والآخرین.

أما بعد

فإنّ شرف علم الفقه لا یخفی وفضله لا ینکر، وقد کانت أحکام المعاملات من اولی إهتمامات فقهاء الطّائفه منذ القدیم.

فلمّا ألّف علّامه الآفاق واستاذ الکلّ علی الإطلاق، آیه اللّه العظمی الحاج الشیخ مرتضی الأنصاری - تغمّده اللّه بغفرانه وأسکنه فسیح جنانه - کتابه المعروف ب«المکاسب»، أصبح هو المحور للدراسات العلیا فی فقه المعاملات، من قبل کبار الفقهاء فی الحوزات العلمیّه، وما أکثر الکتب المصنَّفه فی شرحه والتعالیق المطوّله والموجزه علیه.

وکان جدّنا الفقیه العظیم، والمحقق المدقّق الفذ، والمرجع الدینی الکبیر، آیه اللّه العظمی السیّد محمّد هادی المیلانی طاب ثراه، قد حضر هذا البحث فی النجف الأشرف علی اُستاذی الفقهاء والمجتهدین، آیه اللّه العظمی الشیخ میرزا محمّد حسین النائینی الغروی، المتوفی سنه ۱۳۵۵، وآیه اللّه العظمی الشیح محمّد حسین الإصفهانی الغروی، المتوفی سنه ۱۳۶۱.

ثم إنّه درّس هذا البحث - بدوره - فی النجف الأشرف، وحضر أبحاثه هناک

جماعه كبيره من فضلاء الحوزه العلميّه، الذين أصبح كثير منهم فيما بعد، من كبار المراجع ومشاهير الأعلام والأساتذه المرموقين.

ولو أنه بقى فى النجف الأشرف واستمرّ فى أبحاثه الفقهيّه والاُصوليه وغيرها، لتقدّم على جميع أقرانه، وكان الاستاذ الأعظم والمرجع الأعلى، كما سمعت من غير واحدٍ من أساتذتى، كآيه اللّه العظمى الميرزا محمّد كاظم التبريزى وآيه اللّه الشيخ مجتبى اللّنكرانى رحمه اللّه عليهما.

ولكنّه انتقل إلى كربلاء المقدّسه فى سنه ١٣٥۶، وكان مجلس درسه فى تلك الحوزه أيضاً عامراً بفضلائها فى ذلك الوقت، حيث درّس الفقه والاصول والتفسير وغيرها.

ثم انتقل إلى مشهد الرّضا عليه السّلام، فى سنه ١٣٧٣، فكان أحد المراجع العظام، وزعيم الحوزه العلميّه بها، والملاذ الأكبر للاُمّه فى الحوادث السياسيّه والإجتماعيّه الرّاهنه.

* * *

أمّا مرجعيّته، فقد قال بأعلميّته غير واحدٍ من الأعلام المرجوع إليهم والمسموع قولهم فى مختلف الأوساط، كالعلّامه الطباطبائى صاحب (الميزان فى تفسير القرآن) رحمه اللّه عليه، وآيه اللّه العظمى الشيخ محمّد تقى البهجه حفظه اللّه، وغيرهما، وهكذا جماعه كبيره من الفضلاء فى الحوزه العلميّه وخارجها...

ممّا أدّى إلى إقبال الناس عليه، يطلبون منه الرساله العمليّه، حتى أذن بتجديد طبع رسالته، فانتشرت فى البلاد ورجع إليه أهالى منطقه خراسان، ثمّ امتدّت مرجعيّته إلى سائر المحافظات والمدن، وحتّى قلّده الكثيرون من الشيعه فى البلاد المجاوره، كأفغانستان وپاكستان والعراق وسائر البلدان، وجاءت الحقوق الشرعيّه من المقلّدين، وشرع فى المشاريع التى جرت بأمره.

وهكذا، فقد أصبح الزعيم الأكبر فى الشئون الدينيّه بالمفهوم العام، إذْ لم تقتصر جهوده على تأسيس المدارس والمعاهد الدينيّه فقط، بل أسسّ أو شيّد كثيراً من الحمّامات والمغتسلات والمستوصفات، إلى جنب المساجد والحسينيّات، فى مختلف المناطق، وحتى فى قضايا الزلازل التى وقعت فى البلاد أكثر من مرّه فى عهده، فإنّه قد أوعز إلى بعض مقلّديه بالمبادره إلى إعاده بناء ما هدمته أو أصابته الزلازل من دور السّكن وغيرها.

إلّا أنه قد أولى الاهتمام البالغ بالحوزه العلميّه، بتأسيس المدارس فيها أو تجديد بناء بعضها، وقد جعل للدروس فى مدارسه برامج خاصّه، يدرّس فيها الطلّاب مختلف العلوم الإسلاميّه، ويختبرون، ويشجَّع المشتغلون بالرواتب والجوائز الماديّه والمعنويّه، ولقد كان طاب ثراه، محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدّين منهم، متفقّداً لأحوالهم التفقّد الأبوى بحنانٍ ولطف.

ثم إنه عزم على دعوه العلماء الأعلام للإقامه فى مشهد والتدريس فى الحوزه العلميه، حتى تزدهر وتنشط الدراسه أكثر فأكثر، وقد كان من أشهر من دعاهم واستجاب:

١ - شيخنا آيه اللّه العظمى الوحيد الخراسانى.

٢ - آيه اللّه الشيخ على الفلسفى.

٣ - آيه اللّه الشيخ على المشكينى.

ولا يخفى ما كان لتواجد هؤلاء الأعلام فى الحوزه العلميّه، من الأثر فى الحركه العلميّه وتوجّه العلماء والفضلاء وإقبالهم عليها.

لقد اهتمّ بأمر الحوزه العلميّه اهتماماً بالغاً، خدمةً للمذهب والعلم والعلماء، وللعتبه المقدّسه الرّضويه، إذ كان يرى أنّ الحوزه تعدّ من شئون العتبه المطهّره، وأنه كلّما تقدّمت الحوزه وازدهرت، إزداد مشهد الإمام عليه السّلام شوكةً وعظمةً

وجلالةً، وقد سمعت منه هذا المعنى أكثر من مرّه.

وليس الدّرس فقط، فقد اهتم كثيراً بالجانب العقيدى والتربوى، فقد كان - بالإضافه إلى المعاشره مع الطّلاب بالآداب السّاميه والأخلاق الفاضله، ليكون قدوةً لهم - يلقى عليهم فى المناسبات محاضرات توجيهيّه، ولا زالت تعاليمه موجودةً فى الأذهان إلى هذا الزّمان.

* * *

واشتهر السيّد الجدّ طاب ثراه بالمرابطه والمحافظه على حدود الشريعه المقدّسه، فى اصولها وفروعها وسننها، وخاصّةً فى مجال الاصول الاعتقاديّه، وبالأخصّ فيما يتعلّق بمقامات ومنازل أهل البيت والعتره النبويّه المطهّره، وتلك فتاواه ضدّ بعض الأفكار المضلّله من بعض المعمّمين وغيرهم، موجودةً فى لوثائق التاريخيّه الخالده.

وكذلك فيما يتعلّق بالقوانين الوضعيّه المخالفه للشّريعه المقدّسه، التى حاولت الحكومه آنذاك تطبيقها فى البلاد، فقد صَمَد طاب ثراه فى مقابلها وتحمّل أنواع الأذى والمضايقات للحيلوله دون وصول الحكومه إلى مآربها.

لقد سمعنا منه مراراً قوله: علينا أنْ نقف أمام ترويج الأباطيل والمنكرات فى هذا البلد المتعلّق بأهل البيت والإمام المهدىّ المنتظر أرواحنا فداه.

وبالفعل، فقد وفّق كثيراً، وسدّد اللّه تعالى خطاه على طريق الحق والدفاع عن الدين.

إنه كان دائماً يستمدّ العون من الإمام عجّل اللّه فرجه، ويأمر بالتوسّل به فى كلّ الأوقات، وكانت رعايته عليه السّلام له مشهودةً فى كافّه المجالات.

* * *

ومن الألطاف الرّبوبيّه وعنايات الأئمه الأطهار فى حقّه، ما كان عليه طاب

ثراه من الكمالات المعنويّه والحالات الرّوحيّه، فتلك قضيّته مع شيخنا آيه اللّه الحاج الشيخ مرتضى الحائرى اليزدى، فقد سمعتها من شيخنا مشافههً، وهى موجوده بخطّه فى مذكّراته.

كما أنّ له معى أيضاً قضيّه مشابهه لها.

وتلك قضيّته مع من حضر عنده فى حال الجنابه، وقد تكرّر ذلك، فإنّه كان يذكّرهم، وقال لأحدهم فى غرفته الخاصّه: إنّ الملائكه لتهبط إلى هذا المكان وتروح، لكونه محلّاً لمذاكره القرآن وروايات المعصومين، من أجل استنباط الأحكام وهدايه الناس، فما كان ينبغى لك أنْ تحضر هنا بهذه الحال.

وتلك قضيّته مع زائر من زوّار الإمام عليه السلام، قد قضى ليلته فى القطار بالفسق والفجور، فلمّا وصل إلى مشهد، انتبه من غفلته وندم على ما فرّط، فاغتمّ لذلك بشدّه، ولم يدخل الحرم حتى المساء، خجلاً من الإمام عليه السّلام، فلمّا حضر الصّلاه، فى الصّحن الشريف خلف السيّد الجدّ، وجاء بعد الصّلاه للسّلام عليه، خاطبه السيّد بقوله: أنت محبوب عند الإمام عليه السّلام لأنّك جئت لزيارته وهو يحبّ زوّاره، غير أنّ عملك كان سيّئاً وأنت نادم عليه وتائب منه، فادخل الحرم ولا بأس عليك.

وهذه نبذه من كراماته الباهره، علمنا ببعضها فى أيّام حياته، وما كنّا نتحدّث بها لعدم رضاه بذلك.

وبهذا نكتفى فى التعريف به طاب ثراه (۱).

* * *

۱- ۱) ومن أراد التفصيل فليرجع إلى كتاب «علم وجهاد» تأليف عمّنا العلّامه الحجه السيد محمّد على الميلانى المطبوع فى جزئين.

وأمّا كتاب البيع... .

فلقد درّس طاب ثراه فى الحوزه العلميّه بمشهد المقدّسه:

كتاب الإجاره

وكتاب الصّلاه

وكتاب الزكاه

وكتاب الخمس

على كتاب «شرائع الإسلام» للمحقّق الحلّى.

ثمّ درّس كتاب البيع، على كتاب «المكاسب» ولكنّه لم يتم كما سيأتى.

وقد كان كتاب البيع آخر أبحاثه، وكان قد وعد تلامذته بتدريسه إجابةً لطلبهم، ولذا قال فى أوّل البحث: كنت قد وعدت غير مرّه بالبحث فى المعاملات وفى خصوص البيع من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشّروع فى بحث البيع، وأحمد اللّه على التوفيق وأستخيره فى ذلك.

وكان الشّروع فيه فى اليوم الثانى عشر من ربيع الأول سنه ١٣٩١.

وجعل عنوان البحث - كما ذكرنا - كتاب البيع للشيخ الأعظم، فهو أوّلاً يشرح عباره الشيخ ويقرّر مراده، بأدبٍ رفيع وتواضع جميلٍ لمكانه الشيخ العلميّه، وربّما ألجأته المحافظه على مقام الشّيخ والإحترام له، إلى توجيه كلامه وحمل عبارته على خلاف ما هى ظاهره فيه، قائلاً: إنّ مقام الشيخ يقتضى أنْ يكون مراده كذا لا كذا وإنْ كان ظاهر عبارته.

ثم يتعرّض لكلمات الأكابر حول كلام الشيخ وغيره بالبحث والنقد، فإذا ما أراد أنْ يشكل على الشيخ أو أحدٍ منهم قال: «هذا سهو من قلمه» أو «لا يمكن المساعده عليه»، وربما اقترن ذلك بقوله: «إنه كبير ونحن صغار بالنسبه إليه ولكنْ ماذا نفعل»! بل قد وجدناه إذا أراد الردّ على الكلام لا يصرّح باسم قائله، حفظاً لعلوّ

مقامه ورفعه مكانته.

إن الأكابر الذين يتعرّض السيّد الجدّ لآرائهم من المتأخّرين عن الشيخ الأعظم هم:

١ - الشيخ حبيب اللّه الرشتی، بتقرير تلميذه الإشكوری.

٢ - الشيخ محمّد حسن المامقانی، صاحب «غايه الآمال» وهو جدّه لاُمّه.

٣ - الشيخ محمّد كاظم الخراسانی، فی تعليقه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم الآخوند».

٤ - السيّد محمّد كاظم الطباطبائی اليزدی، فی حاشيه المكاسب، ويعبّر عنه ب«المرحوم السيّد».

٥ - الشيخ ميرزا محمّد حسين النائينی، ويعبّر عنه ب«الميرزا الاستاذ».

٦ - الشيخ محمّد حسين الإصفهانی، ويعبّر عنه ب«شيخنا الاستاذ».

وهذان الأخيران هما استاذاه فی الفقه والاصول.

والجدير بالذكر، أنّ ظاهر كلامه أحياناً - لدی النقل عن أحد استاذيه رأياً - هو الحكايه عنه مباشرةً، كقوله فی بعض الموارد: «وكان الاستاذ يقول... وكنّا نشكل عليه» ممّا يدلّ علی استحضاره لمطالب مشايخه.

وكم كان يعتزّ بهم، خاصّةً باُستاذه الشيخ الإصفهانی، فإنّه كان يعتنی بأقواله، ويراجع حاشيته علی المكاسب، وكان يحتفظ بنسختين منها، وقد قال لی يوماً:

«إنّ لی - والحمد للّه - مطالب فی المكاسب لم يتعرّض لها الشيخ الاستاذ»، فكأنّه كان يحمد اللّه علی أنْ وفّقه للاستدراك علی إفادات شيخه فی مباحث البيع.

* * *

قلنا: إنه كان طاب ثراه محبّاً لأهل العلم المشتغلين، معتنياً بأمر المجدّين منهم، متفقّداً لأحوالهم... هذا بالنّسبه إلی سائر الناس، فكيف بتلامذته؟

وأمّا بالنسبه إلی أهل العلم من أحفاده، فقد تضاعفت رعایته وعنایته المعنویه والمادیّه... .

لقد کنت فی أیّام الصّیف - فی أغلب السنّین - فی خدمته، ولکنّها کانت أسفاراً قصیرهً، فلمّا اضطربت أوضاع حوزه النجف الأشرف، وخاصّهً بعد وفاه آیه اللّه العظمی السید محسن الحکیم رحمه اللّه علیه سنه ۱۳۹۰، وتعطّلت الدروس، سافرت إلی مشهد المقدّسه، وفی هذه المرّه طال المکث عنده، فکنت أحضر بحثه، وأستفید منه الکثیر من الفوائد العلمیّه، وأتعلّم منه الأخلاق الکریمه، إذا سألته أجابنی، وفی کثیرٍ من الأوقات کان یبتدأنی، فیفیض علیَّ من علمه، أو یمتحننی بسؤال، أو یأمرنی باستخراج مطلبٍ فی مکتبته، أو باستنساخ مکتوبٍ من مکاتیبه، فکان قد عرف عنّی من مجموع تلک الاُمور شیئاً أصبح السّبب فی شدّه عنایته بی ورعایته لی، حتی أنه قال لی غیر مرّه: «أتمنیّ أنْ تبقی عندی» وقال لغیر واحدٍ من الأشخاص من الاُسره وغیرها: «الأمل فی هذا الولد کبیر».

ولقد انعکست عنایته بی فی مکاتیبه إلیّ (۱):

فلقد جاء فی أحدها: «إنی أذکرک فی قلبی کثیراً ولک سهمٌ فی غالب أدعیتی، خبّرنی عن أحوالک واُمورک باستمرار».

۱- ۱) اقتصرت منها علی محلّ الحاجه، ولا یخفی أنها کلّها معنونه بعنوان «قرّه عینی» وکان اسمی «علی الأصغر» لوجود أخٍ لی اسمه «علی الأکبر» حفظه اللّه، لکنهم خاطبونی فیما بعد ب«علی» وبهذا عرفت فی سائر الأوساط.

وفی کتابٍ بتاریخ شهر رمضان سنه ۱۳۸۴، یوصی بالبرّ بالوالدین:

وفی کتابٍ أرسله بتاریخ ۲ ذی القعده الحرام سنه ۱۳۸۶، یوصی بالمداومه علی صلاه اللّیل:

ص:۱۳

وكان يمدّني بالكتب التی أحتاج إليها أو تنفعنی فی سبيل التحصيل:

ص:۱۴

وكتب إليّ لمّا رجعت من حجّ بيت اللّه الحرام:

ص:١٥

وهذا كتاب آخر أرسله إليَّ فی ١٨ ربیع الأوّل سنه ١٣٩٠، وهو من أحسن المكاتیب التوجیهیّه الراقیّه:

ص:١۶

«إن العمده فی استکمال مراتب الفضیله أربعه أشیاء:

الأول: المعارف الآلهیّه.

والثانی: التقوی.

والثالث: الفقه والاصول.

والرابع: مکارم الأخلاق.

فإنّ اجتماع هذه الأرکان الأربعه فی غایه الأهمیّه، وهو المستعان سبحانه وتعالی.

وإنّ الدعاء والتوسّل بمقام الولایه وطلب العنایه المبارکه لولیّ العصر أرواحنا فداه، هی الوسیله العظمی لنیل تلک الأرکان الأربعه. إن شاء اللّه تعالی».

* * *

وبالأخره... دعانی إلی مشهد والکون بخدمته.

فقد کنت فی النجف الأشرف، وأنا متهیّؤٌ منذ مدّه لحضور بحث الخارج علی أعلامها، لکن الأوضاع مضطربه والأفکار مشوّشه، وکان أهلی یفکّرون لی بالزّواج، وربّما خطبوا من بعض البیوت، وإذا بکتابٍ من السیّد الجدّ إلی السیّد الوالد بتاریخ ۶ صفر سنه ۱۳۹۳ یقول فیه: «إنْ کان فی زواج السیّد علی أو السیّد علی الأصغر تأخیر، فمن المستحسن أنْ یأتی إلی المشهد المقدّس ویدرس هنا ویکون عوناً لی. وقد وصلنی الکتاب الذی أرسله (۱)، وسررت بذلک. دام بقاه إن شاء اللّه تعالی».

۱- ۱) أرسلت إلیه دفتراً شرحت فیه قول المحقق الحلّی فی شرائع الاسلام فی غسل الأموات «وأقلّ ما یلقی فی الماء من السّدر ما یقع علیه الاسم» فی أکثر من خمسین صفحه، وکتاب (الإمام الثانی عشر) تألیف العلّامه الحجه السیّد محمّد سعید آل صاحب العبقات، الذی قدّمته للطبع بمقدّمه وتعالیق واستدراکات قیّمه، فی النجف الأشرف.

فلمّا وصل هذا الكتاب، بادرت إلى السّفر إلى إيران، ووصلت إلى محضره الشّريف فی شهر ربیع الثانی سنه ۱۳۹۳.

فرحّب بی أیّما ترحیب... .

وقرّر طاب ثراه أنْ أکون له معیناً فی شئونه العلمیّه فقط.

فکان کلّما أراد أنْ یطالع للدّرس أو یجیب عن استفتاءٍ، حضرت عنده، فکان تخریج کلّ ما یحتاج إلیه من الرّوایات وأقوال الفقهاء علی یدی، وإذا أراد مفهوم کلمهٍ رجعت إلی کتب اللّغه وأخرجت له کلمات اللّغویین، وإذا أراد ترجمهٍ راوٍ من الرواه، أخرجتها له من الکتب الرّجالیه وقرأت علیه آراء علماء الرجال فیه، وهکذا... فکان یسجّل خلاصه مطالعته وتحضیراته للدرس فی أوراقٍ تحت یده، وتلک الأوراق کلّها - أو جلّها - محفوظه الآن، وکذا أجوبه الاستفتاءات المفصّله

التی أمر باستنساخها والاحتفاظ بها.

وهکذا، فقد کنت بخدمته هذه المرّه، من أوائل السنه الدراسیّه ۱۳۹۳، إلی أنْ مرض رحمه اللّه، وتعطّل الدرس فی شهر ربیع الثانی وکان بحثه فی مسائل بیع الفضولی.

وما طال مرضه إلّاشهوراً قلائل، حتی توفی فی آخر شهر رجب عام ۱۳۹۵.

ثم إنّه - طاب ثراه - لمّا تعطّل الدرس، وکأنه کان عالماً بدنّو أجله، قال لی فی بعض الأیّام: «إنی وإنْ کنت احبّ أنْ تکون عندی، لکن مواصله الدرس أهم، وأخشی أن یضیع وقتک هنا، فالأولی أن تذهب إلی قم».

فنزلت مدینه قم المقدسّه، بعد أنْ تهیّأت لی دار للسّکن مستأجره لمدّه قلیله بأمرٍ من السیّد الجدّ، وقد جعل لنا راتباً شهریّاً:

* * *

لقد حضرت فی حوزه قم الکبری علی أعلام الطّائفه وأساطین العلماء فی الفقه والاصول، من کبار المراجع وغیرهم، وهم:

۱ – آیه اللّه العظمی السیّد محمّد رضا الگلپایگانی قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الحجّ والبیع والقضاء والشهادات والحدود.

وقرّرت بحثه فی البیع، ودوّنته حاشیةً علی المکاسب، وطبع باسم (بلغه الطالب فی التعلیق علی بیع المکاسب) إلی آخر المعاطاه، فی مجلّد واحد.

ثمّ قرّرت بحثه فی القضاء والشهادات، وطبع بأمر منه کذلک، فی ثلاث مجلّدات.

۲ – آیه اللّه العظمی الشیخ حسین الوحید الخراسانی دام ظلّه.

حضرت علیه دورهً کاملهً فی الاصول.

وفی الفقه: حضرت علیه فی أبوابٍ کثیره من العبادات والمعاملات، کإحیاء الموات والمکاسب المحرّمه والطّهاره والصّلاه والبیع والخیارات، وبعض القواعد الفقهیّه.

ثم درّست الاصول وطبع منه حتّی الآن مباحث الألفاظ فی أربع مجلّدات.

۳ – آیه اللّه العظمی السیّد محمّد الروحانی قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الاصول.

۴ – آیه اللّه العظمی الشیخ میرزا محمّد کاظم التبریزی، قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الفقه.

۵ – آیه اللّه العظمی الشیخ مرتضی الحائری الیزدی، قدّس سرّه.

حضرت علیه فی الخیارات.

وبما ذکرت ظهر: أنّی حضرت فی البیع علی السیّد الجدّ والسیّد الگلپایگانی والشّیخ الوحید، إلا أن حضوری علی شیخنا کان إلی آخر الکتاب.

ولقد طرحت أنظار السیّد الجدّ فی بحث شیخنا دام بقاه، ودخلت فی کتابات فضلاء الدّرس، واهتمّ بها الکثیرون منهم، فکنت من ذلک الوقت أشتغل علی

مطالب السيّد الجدّ وأُمعن النّظر فيها، وأُضيف إليها ما استفدته من أبحاث سيدنا الاستاذ الگلپايگانى وشيخنا الاستاذ الوحيد، وما لم يتعرَّض له السيّد الجدُّ من مطالب الأكابر، وما فى بعض الحواشى الاخرى كحاشيه المحقق الإيروانى، وأنظار المحقق الخوئى من مصباح الفقاهه.

وخرّجت فى الهوامش ما جاء فى بحثه من الآيات والأخبار والأقوال، ووضعت له العناوين، ورتّبته ونقّحته بالإصغاء إلى أشرطه البحث من جديد.

فلما وصلت إلى آخر المعاطاه، وجدته قد اكتمل جزءً، يصلح لأنْ ينتشر، فقدّمته للطّبع، خدمةً للعلم وأهله، وأداءً لبعض حقوق السيّد الجدّ وإحياءً لذكره، وتقديراً منى لما بذله من جهدٍ فى تعليمى وتربيتى.

وأسأل اللّه العلىّ القدير أنْ يوفقنى لإتمام هذا العمل، وأن يتقبّله بأحسن القبول. والحمد للّه رب العالمين.

قم المقدّسه

على الحسينى الميلانى

ص:٢١

بسم اللّه الرحمن الرحيم

الحمد للّه ربّ العالمين والصّلاه والسّلام على محمد وآله الطاهرين ولعنه اللّه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين.

وبعـد، فقـد كنت قد وعدت غير مرّه بالبحث فى المعاملات، وفى خصوص البيع، من المكاسب للشيخ الأعظم قدّس سرّه، فهذا أوان الوفاء بالوعد والشروع فى بحث البيع، وأحمد اللّه على التوفيق واستخيره فى ذلك:

ص:٢٥

البيع: معامله إنشائيه بين اثنين بنحو المعاوضه فى الملكيّه

اشاره

قولنا: «معامله» لإخراج العباده، وهى فى الاصطلاح: الأمر الذى يتوقّف ترتّب الأثر عليه على قصد القربه، والمعامله لا يتوقف ترتّب الأثر فيها على قصد القربه. وبعباره أخرى: المعامله يترتّب الأثر على وجودها الخارجى، وهو - أى الوجود الخارجى - علّه تامّه للأثر، فإنْ قصد القربه أعطى الثواب، وإلّا فالأثر الخاصّ لها مترتّب لا محاله، والعباده أمر يقتضى الأثر المترتب عليه، لكنّه مشروط بقصد القربه حتى تحصل الفعليّه للأثر.

وقولنا: «إنشائيّه» فى قبال التوصّليّات التى يطلق عليها العباده بالمعنى الأعمّ، وليس فيها حيثيّه الإنشائيّه، كغَسل اليد ونحو ذلك.

وقولنا: «بين اثنين» إحتراز عن المعامله الإنشائيه التى ليست كذلك، كالوقف العامّ مثلاً.

وقولنا: «بنحو المعاوضه» يخرج ما إذا كان معامله إنشائيّه بين اثنين لا كذلك، كالهديّه.

وقولنا: «فى الملكيّه» لإخراج المعاوضه بين التمليكين، كما هو الحال فى الهبه المعوّضه، فإنها تمليك بعوض تمليك.

ص:۲۷

فالبيع معامله خاصّه بهذه الخصوصيّات.

و«البيع» حيثما يطلق هذا اللّفظ فی مقابل الإجاره والنكاح وغيرهما...

إسم لم يلحظ فيه جهه المصدريّه التی فيها النسبه الناقصه، فالمعنى المصدری الذی يقال فی ماضيه: باع، وفی مضارعه يبيع، فيه جهه النسبه الناقصه المقابله للنسبه التامّه، أی: نسبه العرض إلى موضوعه، لكنْ لمّا نقول:

البيع، الإجاره، النكاح، الهبه... فهی أسماء غير ملحوظ فيها جهه الإضافه إلى الفاعل، ففی مثل قوله عليه السّلام: «أيّما رجل اشترى من رجل بيعاً، فهما بالخيار حتّى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع» (1) لا يقصد المعنى المصدری، وكذا فی قوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» (2) وفی «رِجالٌ لا تُلْهِيهِمْ تِجارَةٌ وَ لا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللّهِ» (3)، بل المراد تلك المعامله الخاصّه المسمّاه باسم البيع فی قبال غيرها من المعاملات.

قال الشيخ قدّس سرّه:

وهو فی الأصل - كما فی المصباح - مبادله مال بمال (4).

هذه عباره المصباح المنير، وليس كذلك فی الكتب اللغويّه الأخرى، كالمفردات والصّحاح والقاموس (5).

1- 1) وسائل الشيعه 18 / 6، الباب 1 من أبواب الخيار، الرقم 4.
2- 2) سوره البقره: 275.
3- 3) سوره النور: 37.
4- 4) المصباح المنير: 69.
5- 5) المفردات فی غريب القرآن: 67، صحاح اللّغه 3 / 1189، القاموس المحيط 3 / 8.

إشكال المحقق الخراساني:

فقـال المحقق الخراسانى رحمه اللّه عليه فى الحاشـيه: التعبير بالمبادله لا يخلو من مسامحه، وحقّه أنْ يقال: تبـديل مالٍ بمال، فإنه فعل الواحد لا الاثنين (۱).

الردّ على الإشكال:

وهذا منه عجيب إنصافاً، لأنّ تبديل المال بالمال يتحقق بفعل الواحد ولا يتوقف على طرفٍ، كأن يتلف الإنسان مالاً له، ثم يبدله بمالٍ آخر من أمواله، فإنه يصدق التبديل ولا علاقه له بالبيع. وبعباره أخرى: «التبديل» أعمّ من «المبادله». هذا أوّلاً.

وثانياً: إنّ المشترى وإن كان معطياً للبـدل، لكن نفس البـدل قائم بطرفين، إذ المشترى معط والبائع آخذ له، وحينئذٍ، يصح التعبير بالمبادله.

تحقيق المحقق الإصفهانى فى معنى هيئه المفاعله:

وثالثاً: فإنّ التحقيق ما أفاده الشـيخ الأستاذ قدّس سرّه(۱) من أنّ ظاهر الصّرفيين هو أن هيئه المفاعله موضوعه لصدور المبدء من اثنين.

ص:۲۹

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۳.

وما ذكروه سهو، فإن صدور المبدء منهما - بحيث تدلّ عليه الهيئه - منحصر بالتفاعل، وأمّا المفاعله، فإنّما تدلّ على صدور المبدء من الفاعل متعلّقاً بالغير، ولذا انحصرت صيغه المفاعله بالأفعال المتعديه.

وبعباره أخرى: ماده «فَعَلَ» إنما تدلّ على نسبه العرض إلى موضوعه، ولا تدلّ على شيء سواه من الزمان وغيره، بل هی مداليل خارجيّه، وذلك، لأن هذه المادّه تدلّ على الحدث، وهيئتها تدلّ على نسبه الفعل إلى الفاعل، ولذا كان «فَعَلَ» فی اللّازم والمتعدّی معاً، سواء وجد فی الخارج ما يقع عليه الفعل أو لا، فهو صادق. نعم، فی الأفعال المتعديّه حيث نفهم الوقوع على

الغیر، یکون من باب أن ذاک الحدث لیس قائماً بنفس الفاعل، بل هو متعدّ منه بصدوره عنه ووقوعه علی غیره، ولذا نفهم المفعول به من الخارج بالدلاله الإلتزامیه، ولا دلاله للهیئه علی ذلک أصلاً.

وهذا المعنی - أعنی الصّدور من الفاعل والوقوع علی الغیر - هو مدلول هیئه «فاعَلَ»، فإنها نسبه خاصّه بین العرض وموضوعه واقعاً علی الغیر، ولذا قلنا یکون دائماً من الفعل المتعدّی ولا یکون من اللّازم، فالهیئه المذکوره موضوعه لهذه النسبه، سواء صدر المبدء ممّن وقع علیه الحدث کذلک أو لم یصدر، ولذا یقال: خاطب زوجته، ظاهر امرأته، قال تعالی: «یُراؤُنَ النّاسَ» (۱) سافر زید، نافق عمرو... إلی غیر ذلک من الإستعمالات الصحیحه الفصیحه.

فهذا هو التحقیق، واشتباه الصرفیین لیس بعزیز.

فی هیئه التفاعل

وأمّا هیئه التفاعل، فقد ذکر شیخنا الأستاذ رحمه اللّه: بأنّ الهیئه الواحده لها مدلول واحد، أی نسبه واحده، لکن هیئه التفاعل - وهی واحده - لها مدلولان، أی صدور المبدء من کلٍّ من الطرفین، فقال: هیئه التفاعل نسبه خاصّه بین الطّرفین.

قلت: الهیئه الواحده لا تدلّ إلّاعلی معنی واحد، فما ذکره متین جدّاً، لکنّه لمّا وجد التفاعل دالّاً علی صدور المبدء من الطرفین، فیقال: تضارب زید وعمر. أو: زید وعمرو تضاربا، بخلاف المفاعله، فلا یقال: ضارب زید

۱- ۱) سوره النساء: ۱۴۲.

وعمرو، بل الصّحيح ضارب زيد عمراً... لذا قال: بأنّ هذه الهيئه تدلّ على نسبهٍ خاصّه بين الطرفين. وهذا سهو من قلمه الشريف، لأن النسبه تكون دائماً بين الجوهر والعرض، ولا تعقل بين الجوهرين.

فالتحقيق: أن التفاعل هيئه واحده ونسبه واحده، هما معاً فاعل واحد، فهما بنحو المعيّه والوحده طرف للنسبه، فالمنسوب إليه واحد مركّب، والهيئه نسبه واحده بين المبدء وذلك الواحد.

فتلخّص: تعيّن التعبير بالمبادله، والتعبير بالتبديل غير صحيح، والإعتراض على الشيخ فى ذلك غير وارد(۱).

ص:۳۵

وصـيغه المفاعله فعل الاثنين، بمعنى أنها تدلّ على النسـبه الصّادره من طرفٍ والواقعه على الغير، فهى دالّه على حيث الوقوع على الغير - بخلاف صيغه فَعَلَ، فإنها متمحّضه فى إفاده نسبه الفعل إلى فاعله والعرض إلى

ص:۳۶

موضوعه - فالمفاعله تفيد وقوع المادّه على الغير، من غير دلاله على صدور الفعل من الغير أيضاً، بأنْ يكون المبدء صادراً من الطرفين، والذى يدلّ على هذه الحيثيّه هو صيغه التفاعل.

إشكال آخر على المحقق الخراساني:

ثم إنّ كون الشيء بدلاً عن شيء، لابدّ أن يكون فى جهه، كأنْ ينصب زيد بدلاً عن عمرو فى إداره المدرسه، وأنْ يكون لفظ بدلاً عن آخر فى الاستعمال، وأن يجعل إناء بدلاً عن غيره فى الانتفاع... .

وهكذا... فالبدليّه دائماً بحاجهٍ إلى جههٍ يكون الشيء بدلاً عن غيره فى تلك الجهه... فالبدليّه فى البيع حيث عرّف ب«مبادله مال بمال» فى أىّ جهه؟

إنّ البدليّه لا محاله تكون فى الملكيّه، لكنّ هذا من أين يستفاد؟ إنْ قلنا:

بدّل المال بمالٍ تبديلاً، لم يكن فيه دلاله على الملكيّه، فقد يبدّل الإنسان مركوبه بمركوبٍ آخر، وملبوسه بملبوسٍ آخر... وهكذا... لينتفع به ركوباً أو لبساً ونحو ذلك... وأمّا إنْ قلنا: بادل المال بمالٍ مبادلهً، دلّت الصّيغه على وجود طرفٍ، وأفادت أن المال الآخر مضاف إلى الغير، ومبادله المال بمال الغير وجعل مال الغير بدلاً عن ماله لا تكون إلّافى الملكيّه.

وهذا أيضاً وجه آخر فى الإشكال على التعريف ب«تبديل مال بمال»، وهل المبادله الحاصله بالبيع تقع فى الملكيّه، وهى إضافه اعتباريّه أو جده اعتباريّه على ما سيأتى إن شاء اللّه، فهى - على أىّ حالٍ - إضافه خاصّه أو فى المضاف وهو المال، أو فى المضاف إليه وهو المالك؟ وجوه، والمختار هو الأوّل.

ص:٣٧

رأى المحقق النائينى فى متعلّق المبادله:

وكان الميرزا الأستاذ قدّس سرّه يصرّ فقهاً وأصولاً(۱) على أنّ التبدّل فى المعاملات يكون فى طرف الإضافه، أمّا هى فمحفوظه، وكان يشبّه المطلب بما إذا كان بيد الإنسان حبل مشدود طرفه بشىء، ثم يحلّ الحبل عنه ويشدّه بشىءٍ آخر. فالحبل هو الحبل، والشىء المشدود به تبدّل. قال رحمه اللّه: البيع هكذا. بخلاف الإرث، حيث الحبل والمشدود به محفوظان، والتبدّل يقع فى المضاف إليه حيث قام الوارث بموت مورّثه مقامه، وبخلاف الهبه المعوّضه، حيث التبادل واقع بين الإضافتين.

ص:۳۸

الإشكال عليه

وقد أوردنا عليه بالنقض والحلّ:

أمّا نقضاً: فما ذكره منتقض بالبيع نسيئه والبيع سلماً، ففى الثانى يبيع كلّى السلعه وفى النسيئه يكون الثمن كلّياً، والكلّى ذو ماليه، لأنّ كلّ الموجودات الخارجيه التى تميل إليها النفوس ولها قيمةٌ فهى أموال، ولا يعتبر فى ماليّه الشىء كونه مضافاً إلى أحد، بل هى قائمه بنفس الشىء، فالكلّى مال فى حدّ ذاته، فمن باع كذا منّاً من الحنطه سلماً أو اشتراه بكذا دراهم نسيئةً، فقد جاء الكلّى إلى ذمّته ملكاً للغير لا لصاحب الذمّه، فإبدال طرف الإضافه إنما يتصوّر فيما إذا كانت الإضافه موجوده، وإنما تتحقق

الإضافه فی البیع نسیئه وسلماً بالبیع، ویکون الکلّی الموجود فی ذمّه من علیه الدراهم أو الحنطه ملکاً للطرف الآخر.

وأمّا حلّاً: فإنّ الإضافه تتشخّص بطرفیها، وهی قائمه بها، وبمجرّد انعدام أحدهما تنعدم الإضافه، وهکذا الأعراض، فإنها متقوّمه بموضوعاتها، ولهذا یستحیل انتقال العرض من موضوع إلی موضوع آخر، فکیف یعقل بقاء الإضافه بعد زوال المضاف؟ وتنظیر المقام بالحبل تنظیر للشیء بما یباینه، فإن الحبل جوهر موجود فی الخارج، لا ینعدم بانعدام طرفیه المشدود بهما، وأمّا الإضافه إلی العرض فإنها تتغیّر بمجرد تغیّر العرض.

فظهر أن القول المذکور مردود بالنقض والبرهان.

والحق: إن المبادله واقعه فی الملکیّه، وأنّ البیع مبادله مال بمالٍ فی الملکیّه بتبدّل المضاف بما هو مضاف(۱).

ص:۴۰

الكلام فی المعوّض

اشاره

قوله:

والظاهر اختصاص المعوّض بالعین، فلا یعمّ إبدال المنافع بغیرها، وعلیه استقر اصطلاح الفقهاء فی البیع.

أقول:

فی عباره المصباح: مبادله مال بمال. والمال عباره عمّا تمیل إلیه النفس أو ما یبذل بأزائه شیء، وهذا صادق علی المنفعه، فما ذکره الشیخ قدّس سرّه ناظر إلی لفظ البیع، وکأنّه اعتراض علی المصباح، لأنّ الشیخ یری اختصاص المعوض بالعین وأنّ العوض یجوز أنْ یکون منفعهً، ولازم کلامه أن یکون التعریف: مبادله عین بمال.

وقد استدلّ لهذا الاستظهار تارهً: بالتبادر، لتبادر العین من لفظ البیع متی أطلق، وأخری: بصحّه السلب، فإنّه إذا ملّک منفعهً صحّ أن یقال: زید لم یبع.

إشکالٌ وجواب

وربما قیل (۱): إن البیع یباین الإجاره کما هو واضح، وهی تملیک المنفعه بعوض، فیکون البیع تملیکاً للعین فقط، وإلّا کانت الإجاره فرداً للبیع لا مباینهً له.

ولا یخفی: أن المراد من العین لیس العین الإصطلاحیّه، أی الموجود الخارجی بما هو موجود فی الخارج وجوهر، ولذا یجوز بیع الکلّی فی

۱- ۱) بغیه الطّالب ۱ / ۲۰.

الذّمه، بل المراد ما لو وجد فی الخارج لکان عیناً، سواء کان موجوداً بالفعل أو لا، فی مقابل المنفعه والحق.

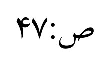
قلت: إنْ کان لهذا التبادر وصحه السّلب واقعیّه لدی العرف العام، کما ذکر السید الیزدی قدّس سرّه (۱) فهو، وأمّا ما قیل من أنّ البیع یباین الإجاره... فغیر تام، لما ذکرنا - فی بحث الإجاره - من أنّ لفظ الإجاره یتعلّق بالعین، فیقال: آجرت الدار، ولا یکون المنفعه، والإجاره: جعل العین فی ید الغیر لأن ینتفع بها بعوضٍ. بخلاف العاریه حیث تکون کذلک مجّاناً، فإذا ادّعینا أنّ هذا حقیقه الإجاره ولیس تملیک المنفعه بعوضٍ، کان الفرق بین البیع والإجاره واضحاً، والمقابله بینهما تامه، لأنّ البیع - بناءً علی التبادر وصحه السّلب المذکورین - جعل العین فی ید الغیر وتحت سلطنته بقولٍ مطلق، والإجاره: جعلها کذلک لأنْ ینتفع بها بعوض. لکن الکلام فی ثبوت التبادر وصحه السلب... .

فإن ثبت ذلک، لم یکن مناص من التزام المجاز فی الموارد التی استعمل فیها لفظ البیع وکان متعلّقه منفعهً لا عیناً... کما فی الأخبار الآتیه، وإلّا کان البیع کما عن المصباح مبادله مالٍ بمالٍ، فهو عباره عن التملیک سواء تعلّق بالعین أو المنفعه لأن المال أعم منهما، والإجاره جعل العین بید الغیر لأنْ ینتفع بها بعوض.

فظهر الفرق بین الإجاره والبیع علی کلا تقدیری ثبوت التبادر وصحّه السّلب وعدم ثبوتهما، وأنّ الوجه الآخر مخدوش(۱).

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۲۷۲.






ص:۴۸

قوله:

نعم، ربما يستعمل فی کلمات بعضهم فی نقل غیرها، بل یظهر ذلک من کثیر من الأخبار... والظاهر أنها مسامحه فی التعبیر، کما أنّ لفظه الإجاره تستعمل عرفاً فی نقل بعض الأعیان کالثمره علی الشجره.

أقول:

من أخبار استعمال البیع فی نقل غیر الأعیان:

أمّا الأخبار، فهذه نصوص جملهٍ منها:

فممّا ورد فی بیع خدمه المدبّر:

۱ - السّکونی عن جعفر بن محمد عن أبیه... عن علی علیه السّلام: «باع رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وسلّم خدمه المدبّر ولم یبع رقبته» (۱).

۲ - أبو مریم عن أبی عبداللّه علیه السّلام: «عن رجل یعتق جاریته عن دبر، أیطؤها إنْ شاء أو ینکحها أو یبیع خدمتها حیاته؟ فقال علیه السلام: أیّ ذلک شاء فعل» (۲).

۳ - «عن رجلٍ أعتق جاریه له عن دبر فی حیاته. فقال علیه السّلام: إنْ أراد بیعها باع خدمتها فی حیاته، فإذا مات أُعتقت...» (۳).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۳ / ۱۲۰، الباب ۳ من أبواب التدبیر، الرقم: ۴.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۳ / ۱۲۰، الرقم: ۱.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۳ / ۱۲۰، الرقم: ۳.

وممّا ورد فی بیع سکنی الدار:

ما رواه إسحاق بن عمار عن العبد الصالح علیه السّلام قال: «سألته عن رجلٍ فی یده دار لیست له، ولم تزل فی یده وید آبائه من قبله، قد أعلمه من مضی من آبائه أنها لیست لهم ولا یدرون لمن هی، فیبیعها ویأخذ ثمنها؟ قال علیه السّلام: ما أحبّ أنْ یبیع ما لیس له. قلت: فإنه لیس یعرف صاحبها ولا یدری لمن هی، ولا أظنّه یجیئ لها ربّ أبداً. قال: ما أحبّ أن یبیع ما لیس له. قلت: فیبیع سکناها أو مکانها فی یده فیقول: أبیعک سکنای وتکون فی یدک کما هی فی یدی؟ قال: نعم یبیعها علی هذا» (1).

وأما بیع حقّه فی الأرض الخراجیّه:

ففیه الخبر: «کیف تری فی شراء أرض الخراج؟ قال علیه السّلام: ومن یبیع ذلک؟ هی أرض المسلمین! قلت: یبیعها الذی هی فی یده، قال: ویصنع بخراج المسلمین ماذا؟ ثم قال علیه السّلام: لا بأس، إشتری حقّه منها ویحوّل حقّ المسلمین علیه...» (2).

ففی هذه الأخبار استعمل لفظ البیع - وکذا لفظ الشّراء - فی نقل المنفعه.

و جاء فی روایه سکنی الدار أنه قال علیه السّلام: «ما أحبّ أن یبیع ما لیس له».

فکیف أجاز بیع سکناها مع أنّه لیس له، لأنّ المفروض أن الدار لیست له، فلیس له سکناها کذلک؟

الذی یختلج بالبال فی حلّ هذا الإشکال هو: أنّ الدار کانت فی أوّل

1- 1) وسائل الشّیعه 17 / 336، الباب 1 من أبواب عقد البیع، الرقم: 5.

2- 2) وسائل الشّیعه 15 / 155، الباب 71 من أبواب جهاد العدو، الرقم 1.

الأمر بنحو الرقبی لشخصٍ وذریّته، فآباؤه الأوّلون کانوا یعلمون بالحال، حتی إذا وصلت إلی المتأخرین من ذریّتهم جهلوا بالأمر، وأعلموا أولادهم بأنّها لیست لهم... فمن هنا أجاز الإمام علیه السّلام أنْ یبیع هذا الذی هی بیده سکناها، مع کونه ممنوعاً من بیعها.

وقول الشیخ: والظاهر أنها مسامحه فی التعبیر. أی مجاز، لِما تقرّر عنده من أنّ لفظ البیع لا یستعمل إلّافی نقل الأعیان.

ومعنی ذلک: أن یکون قد آجرها لغرض استخدامها، فعبَّر عن ذلک ببیع الخدمه مجازاً.

لکنْ فیه: أنّه لیس بإجارهٍ أیضاً، لأنه لم یقل: آجرتک الجاریه، وإنما قال:

بعتک خدمتها، فلا مناص من الالتزام بکونه بیعاً حقیقهً، أو أن الواقع معاوضه ثالثه.

وکذا الکلام فی سکنی الدار ونحوه.

وقوله: کما أنّ لفظ الإجاره قد یستعمل فی نقل الأعیان کالثمره علی الشجره:

إنْ أراد - کما قیل - إجاره الشجره الفاقده للثمره للانتفاع من ثمرتها فیما بعد، مع استعمال لفظ الإجاره، توجّه علیه: أنّ الالتزام بالمجاز حینئذٍ یکون بناءً علی أنّ الإجاره تملیک المنفعه، لأنّ المنفعه مضادّه للعین، لکن المبنی غیر تام، لِما تقدّم من أنّ الإجاره عباره عن التسلیط علی العین لأجل الإنتفاع بها بأیّ نحوٍ کان، فهو یستفید ممّا تنتج هذه العین، سواء کان أمراً عرضیّاً أو جوهریّاً خارجیّاً، کإجاره الشاهِ للَبنها، والحمام للاغتسال بالماء الموجود فیه، والمرضعه لارتضاع الطفل من لبنها. فالإجاره هی التسلیط علی العین للإنتفاع منها، والإنتفاع من کلّ شیء بحسبه، فمن الدّار سکناها، ومن الدابّه

ركوبها، ومن الآنيه الأكل فيها، ومن الشجره ثمرتها.

وعليه، يكون استعمال لفظ الإجاره على حقيقته.

وإنْ أراد أن العرف يستعملون لفظ الإجاره فى الانتفاع بالثمر الموجود على الشجر، بأن يقال: آجرتك ثمره الشجره. فالظاهر عدم وجود هكذا استعمال عند العرف أصلاً.

وإنْ أراد إجاره الشجره للانتفاع بثمرتها الموجوده فعلاً ـ عليها. فهنا لا ـ تتحقّق الإجاره الحقيقيّه، لأن الإجاره - كما قلنا - هى التسليط على العين للانتفاع بمنافعها المتجدّده الناتجه عنها، وأمّا العين الموجوده بالفعل، فلا معنى لإجارتها. نعم، قد يقال فى العرف: استأجرت هذه الشجره... وهنا تكون المسامحه فى التعبير.

وعلى الجمله، فإنّه فى الصوره الأولى حيث لا ـ ثمره للشجره فعلاً ـ تكون العباره حقيقيهً والإجاره صحيحه على ما هو الحق فى تعريفها، والحمل على المجاز لازم القول الآخر.

وقد أشكل على أصحاب هذا القول تصحيح إجاره المرضعه للبنها، والشجره لثمرتها، والحمّام للاغتسال بمائه، فاضطرّوا إلى التأويل، بأنّ المرضعه إنّما تستأجر للإرضاع وهو فعلها وذاك منفعتها، وتلف اللبن تلف بلا ضمان، والحمام يستؤجر لغرض الاغتسال فيه وحصول تلك الجهه المعنويه، لكنّه يتصرف فى المال ويستعمله بلا ضمان.

إلّا أنّ هذه التأويلات لا تتأتى فى مثل إجاره الشاه والبقره للبنها.

وفى الصّوره الثانيه، الظاهر أنْ لا استعمال عند العرف من هذا القبيل.

وفى الصّوره الثالثه، قد يوجد هذا الاستعمال عندهم، وهو مجاز، لكون المقصود حقيقةً بيع تلك الثمره.

ص:۵۴

الکلام فی العوض

اشاره

قوله:

وأمّا العوض، فلا إشکال فی جواز کونه منفعهً، کما فی موضعٍ من القواعد وعن التذکره وجامع المقاصد، ولا یبعد عدم الخلاف فیه. نعم، نسب إلی بعض الأعیان الخلاف فیه، ولعلّه لِما اشتهر فی کلامهم من أنّ البیع لنقل الأعیان، والظاهر إرادتهم بیان المبیع، نظیر قولهم: إن الإجاره النقل الأعیان.

أقول:

فی مفتاح الکرامه: اعتبر بعض المتأخّرین عینیّه العوضین فی البیع، وهو وهم نشأ من قولهم: البیع لنقل الأعیان (۱). انتهی.

المنفعه:

لابدّ من التأمّل فی وقوع المنفعه عوضاً فی البیع، فإنّ من یملک الدّار لا یملک شیئین أحدهما الدار والآخر المنفعه، ومن یملک دابّهً تسوی مائه درهم وإجارتها سنهً خمسمائه درهم، لا یکون مالکاً الآن لستمائه درهم.

إن من یملک عیناً من الأعیان لا یکون عنده مالان أحدهما العین والآخر منفعه العین، بل عنده الدابّه مثلًا وله أن ینتفع بمنافعها، وکذا الدّار وغیر ذلک... فله السّلطنه علی أنْ ینتفع بمنافع العین، لا أنه یملکها إلی جنب العین، ولو قلنا بأنّ البیع مبادله مالٍ بمالٍ، اعتبر المالیّه فی العوض، لکن المنفعه لیست بمال.

۱- ۱) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلّامه ۱۲ / ۴۸۱.

وببيان أدق (۱):

إنّه لا يجوز أنْ يقال: السّكنى منفعه الـدار، والركوب منفعه الـدابه ونحو ذلک من القول، لأنّ السـكنى والركوب عرضان قائمان بالسّاكن والرّاكب، وهو هنا البائع، ولا يعقل وقوعهما عوضاً وثمناً عن المبيع، أعنى الدار أو الدابّه.

إنّ منفعه الـدّار قابليّتها لأنْ ينتفع بها، وكـذا الدابّه، وغيرهما، وقابليّه كلّ شـىء بحسـبه، فحيثيّه القابليّه هى المنفعه، وهى أمر قائم بذات العين ولا وجود لها فى الخارج، لعدم كونها أمراً منحازاً عن العين حتى يملّكها.

فكان الأولى فى سـبب الخلاف المنسوب إلى بعض الأعيان، بدلاً عمّا ذكره بقوله: «ولعلّه لما اشـتهر...» أن يقال: إنّه ليس سكنى الدار - مثلاً - منفعه الدار، بل منفعتها قابليّتها للإنتفاع، وهى ليست بأمرٍ منحازٍ عن العين حتى تملّک كما تملّک العين.

لكن من الممكن جعل المنفعه عوضاً - بناءً على ما أشرنا إليه - لأنّ تمليک منفعه الدار يتحقق بجعلها فى يد المشترى لأنْ ينتفع بها، وهـذه حقيقه الإجاره، وفى البيع يجعلها بيـده، وهـذا الجعل هو الـذى يقع عليه العقـد ويؤخـذ بأزائه الشـىء، لأنّ جعل الدار كذلک له ماليّه، والبيع مبادله مال بمال، فالمنفعه تقع عوضاً فى البيع(۱).

ص:۵۶

---

۱ - ۱) قـال طـاب ثراه: وتفصـيله فى بحثنـا فى كتـاب الإجـاره، كمـا أنّـا طرحنـا هـذا المطلب فى بحثنا فى المكاسب فى النجف الأشرف.

عمل الحر

قوله:

وأمّا عمـل الحرّ، فـإنْ قلنا إنه قبل المعاوضه عليه من الأموال، فلا إشـكال، وإلّا ففيه إشـكال، من حيث اعتبار كون العوضـين فى البيع مالاً قبل المعاوضه، كما يدلّ عليه ما تقدّم عن المصباح.

أقول:

فى كلامه قدّس سـرّه قيدان «الحريّه» و «قبل المعاوضه»، وكأنه يقصد أنه بعد المعاوضه مال بلا كلام، مثلًا: إذا استأجر حرّاً ملك العمـل المعيّن فى ذمّته، فـإذا اشترى شـيئاً قال اشتريته بالعمل الـذى فى ذمّه الأجير، وكـذا الكلام فى العبـد، حيث أنّ للمولى أن يشترى شيئاً ويجعل عوضه خدمه عبده.

فمحطّ كلام الشـيخ حيث يتحقق القيدان، كأن يشترى الحرّ نفسه شيئاً بعملٍ معين مدهً معيّنه، فهنا «الحريه» و«قبل المعاوضه»، فإن كان هذا العمل يعدّ من الأموال فلا بأس، وإلّا ففيه إشكال... .

وجوه الإشكال

والإشكال من وجوه:

أوّلاً: لابدّ أنْ يكون العوضان مالين، والماليّه أمر ثبوتى، وثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثبت له، فلو ثبتت الماليه لعمل الحرّ، كان له ثبوت فى الخارج، لكن عمله قبل وجوده لا شىء، وبعد وجوده معدوم، فمتى يتّصف بالماليّه؟

وثانياً: الماليّه شىء يوجب الضّمان والإستطاعه والغنى والحجر، فلو أفلس الحرّ حجر عليه جميع أمواله ولا حجر على عمله، ولو كان مالاً لحجر، ولو حبس جوراً عليه مدةً، لم يضمن الجائر عمله فى تلك المدّه، ولو كان مالاً ضمن، لأنّ من أتلف مال الغير فهو له ضامن، ومن كان ذا مالٍ بقدر الاستطاعه وجب عليه الحج، ولا يصدق على الحرّ - بلحاظ عمله فى المستقبل - أنه مستطيع، ولو كان العمل مالاً لكان القادر على العمل من الفقراء غنيّاً، والحال أنه ليس كذلك، ومن هنا قلنا فى بحث الزكاه أن المحترف الذى لا يفى دخله بمؤنه سنته، يجوز له الأخذ من الزكاه تتميماً

ص:٥٨

لمعاشه، فلو كان العمل مالاً لم يجز له الأخذ، لفرض تمكنّه من إيجار نفسه مدةً فيكون غنيّاً.

وثالثاً: لو تنزّلنا عن ذلك كلّه، فإنه يعتبر فی تحقّق البیع ومبادله مالٍ بمالٍ فی الملكیه: أنْ یكون المالا ـن مملوكین لطرفی المعامله، فعلی فرض كون عمل الحرّ مالاً فهو متسلّط علی عمله تكویناً، فلا یعقل أنْ یكون مسلّطاً علیه اعتباراً أیضاً. وبعباره أخری: الملكیّه والسلطنه الاعتباریّه إنما تتحقّق حیث لا تكون موجودةً تكویناً، وإلّا لزم تحصیل الحاصل. هذا غایه ما یقال فی هذا المقام.

ویمكن الجواب عن ذلك كلّه:

الجواب:

لأنّ المالیّه صفه ثبوتیّه، لكنّ ثبوت شیء لشیء فرع ثبوت المثبت له فی أفق الثبوت، فإن كان الثبوت خارجیّاً، لزم ثبوت المثبت له فی الخارج، وإنْ كان ذهنیّاً لزم ثبوته فی الذهن، وإنْ كان اعتباریّاً، لزم ثبوته فی عالم الاعتبار، والمالیّه أمر اعتباری عقلائی یثبت للشیء بلحاظ أنه تمیل إلیه النفوس ویبذل بأزائه – لأجل أثره وفائدته – شیء. وعمل الحرّ كذلك، فالمالیّه الاعتباریّه ثابته له، فهو وإنْ لم یكن له ثبوت فی الخارج لكنه ثابت فی عالم الاعتبار، وله المالیّه الاعتباریّه باللّحاظ المذكور.

وأمّا عدم الضّمان والاستطاعه والحجر والغنی... فلأن الموضوع فی هذه الموارد هو المال المضاف إلی المالك بإضافه الملكیّه، وعمل الحرّ مال، ولیس له تلك الإضافه الاعتباریّه.

وأمّا أن ظاهر عباره المصباح «مبادله مالٍ بمالٍ فی الملكیه» كون الملكیّه حاصله للمال قبل المعاوضه، فلا دلیل علیه، بل العباره مطلقه، ودعوی

انصرافها إلى المال المضاف بإضافه الملکيّه بلا وجه.

فعمـل الحرّ مـال، فيبـادل البـائع عن متاعه بعمل الحرّ وإنْ کان غير مملوکٍ له قبل البيع بالملکيّه الاعتباريه، نظير أنْ يجعل الکلّى ثمناً فى البيع نسـيئهً حيث البائع يبيع متاعه بشـىء کلّى فى ذمّه المشترى، سواء کان الثمن فى بيع النسيئه نقداً من النقود کالدرهم والـدينار، أو عينـاً من الأعيـان کالطعـام، فالشـىء الکلّى المجعول ثمنـاً، ليس بموجودٍ عنـد المشترى وليس ملکاً له ولا لغيره قبل المعـامله، إلّاأنه بجعله عوضـاً وثمناً يصـير مملوکاً للبائع، فلا يلزم أن يکون المبيع والثمن ملکاً لهما قبل البيع، ولـذا يصـح السّـلم والنسيئه.

وعلى الجمله، فـإنّ المحتـاج إليه تأثير البيع فى ملکيّه المالين للطرفين، وهـذا التأثير أعم من أن يکون المالان قبل البيع ملکاً لهما أوّلا.

فمبادله مال بمالٍ صادقه فى جعل عمل الحرّ عوضاً فى البيع(١).

ص:٦٠

الكلام فى الحقوق

اشاره

قوله:

وأمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضه بالمال... فلا إشكال، وكذا لو لم تقبل النقل... وأمّا الحقوق القابله للانتقال... .

أقول:

لقد جعل الحقوق على ثلاثه أقسام:

فمنها: ما لا يقبل المعاوضه عليه أصلًا، سواء كان قابلًا للنقل أو لا، وقابلًا للإسقاط أوْلا.

ومنها: ما يقبل المعاوضه عليه والإسقاط، ولا يقبل النقل والانتقال إلى الغير، كحقّ الرهانه وحق الشفعه.

ومنها: ما يقبل المعاوضه والانتقال.

أمّا الأوّل، فلا إشكال فى عدم وقوعه عوضاً.

وأمّا الثانى، فقد ذكر قدّس سرّه أنّه لا يقع عوضاً كذلك، وعلّل ذلك بقوله:

لأنّ البيع تمليك الغير.

فما لا يقبل النقل لا يقع عليه البيع، إذْ لازم عـدم الانتقال إلى الغير أنْ لا يملكه الغير، فلا ينطبق عليه عنوان البيع الذى هو تمليك الغير.

وقد نقض عليه صاحب الجواهر قدّس سرّه (۱) ببيع الدّين على من هو عليه، فإنّه صحيح بالإجماع.

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۲ / ۲۰۹.

قال الشيخ: هذا النقض غير وارد، لأنه لا مانع من كونه تمليكاً فيسقط.

دفع الاشكال عن كلام الشيخ

فأورد عليه المحقق الخراسانی (۱) قدّس سرّه: بأنّه كلام مختلّ النظام، فإنّه فی مقام أنها تجعل عوضاً أم لا، فلا يناسبه التعليل بقوله: لأنّ البيع تمليك الغير، ولا النقض ببيع الدين أصلاً، فإنّه إنما يناسب إذا كان بصدد بيان أنها لا تجعل معوَّضاً فی البيع.

قلت:

وفيه: إن المراد من تمليك الغير هو التمليك عن الطرفين، فالبايع يبيع والمشتری يقبل فعل البائع، وهو بالدّلاله الإلتزاميّه مملّك للثمن للبائع، وحينئذٍ كان من المناسب النقض ببيع الدين على من هو عليه، إذْ لا يوجد هناك طرفان، فكما يصحّ التمليك للمبيع مع الوحده، ففی العوض يتحقّق ذلك بالأولويّه، فكما لا منافاه فی المعوَّض بين عنوان الوحده وتحقق البيع، كذلك فی العوض.

فهذا وجه التعرّض للنقض. إلّاأنه لمّا ذكر فی الجواب قضيّه السّلطنه، توجّه الإشكال عليه: بأنّه قد يكون فی مورد الحق مسلّط عليه وقد لا يكون.

إلّا أنّه يندفع بتمثيله قدّس سرّه بحقّ الشفعه وحقّ الخيار، ولابدّ فيهما من المسلَّط عليه دائماً.

فالإشكالان مندفعان.

وقد ذكر الشيخ فی وجه عدم ورود النقض: أنّ المديون يملك هنا ما

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۳.

فى ذمّته، والانتقال الملكى فيه حاصل، ونتيجته السّقوط، وليس الأمر فى الحق كذلك، لأن لازم تملّكه ممّن عليه الحق، اجتماع من له الحق ومن عليه الحق فى شخصٍ واحدٍ، وهو غير معقول.

ويؤيّده: أنه إذا نقل ما لا يقبل النقل من الحقوق، وقلنا بأنّه يعاوض عليه فى قبال الإسقاط، فالإسقاط فعلٌ من الأفعال، وقد قلنا بأنّ عمل الحرّ لا يقبل المعاوضه عليه.

وأمّا الثالث - وهو ما يقبل الإنتقال والإسقاط - فلا يقبل المعاوضه عليه أيضاً، للإشكال فى كونه مالاً، وقد اعتبرت الماليّه فى العوضين.

الإشكالات الوارده:

وأمّا الإشكال عليه فوجوه:

أوّلاً: إنه يرد على قوله: الحقّ سلطنه فعليّه: أنّ الحق ليس هو السّلطنه، كما سيأتى إنْ شاء اللّه تعالى.

وثانياً: قوله بأنّ الملكيّه لا تحتاج إلى من يملك عليه، متينٌ، إلّاأنها فى مثل بيع الدين على من هو عليه محتاجه إليه.

وثالثاً: فى بيع الدين، إنْ كان المبيع هو الكلّى من غير تقييدٍ له بكونه فى الذمّه، فلا ماليّه له، وإنْ كان مع التقييد بذلك، يلزم أنْ يكون المديون مديناً لنفسه بسبب شراء ما فى ذمّته، وهذا ممّا لا معنى له، وعلى فرض الصّحه، كيف يعقل أن يكون السقوط وعدم الملكيّه أثراً للتمليك؟

وعلى الجمله، فإنّ التملّك والسّقوط لا يجتمعان، إلّاإذا كانا فى أمرين متماثلين موجودين فى الذمّه، فيسقطان بالتهاتر.

ورابعاً: يرد على قوله: والسرّ أن هذا الحق سلطنه فعليّه لا يعقل قيام

طرفيها بشخصٍ واحدٍ، بخلاف الملك فإنّه نسبه بين المالك والمملوک... أنّ ذلک إنّما هو فيما أريد انتقاله إلى من عليه الحق، وأمّا إذا أريد نقله إلى غيره، فلا يلزم محذور اتّحاد المسلّط والمسلّط عليه، فليس ما ذکره سرّاً لعدم الانتقال على کلّيته، بل السرّ فى ذلک أنّ موضوع الحق المقوِّم له عنوان خاص، فلا- يعقل أنْ ينتقل عنه، لا- إلى من هو عليه ولا- إلى غيره، فموضوع حق الخيار فى الحيوان هو المشترى، وفى الغبن هو المغبون، فلا- يعقل انتقال الحق إلى غير المشترى فى الأوّل وغير المغبون فى الثانى، وکذلک حقّ الشفعه، فإنه لا ينتقل إلى غير الشريک، وحق المضاجعه، فإنّه لا ينتقل إلى غير الضرّه، سواء کان الزوج أو المرأه الأجنبيّه.

وکلّما کان الموضوع لشىء من هذه الحقوق علّهً تامّهً له فهو غير قابل للإسقاط، کحقّ الوصايه والتوليه، وکلّما لم يکن کذلک فيقبل الإسقاط.

حقيقه الحق والفرق بينه وبين الحکم والملک

اشاره

وتفصيل الکلام فى الحقّ وحقيقته وأقسامه وأحکامها هو:

الحکم

إن «الحکم» تارهً: تکليفى، وهو البعث والزجر والترخيص، وأخرى:

وضعى، وهو اعتبار شرعى على طبق اعتبار العقلاء وله آثار. والحکم الوضعى غير الأمر الانتزاعى، إذ الأمر الانتزاعى موجود بوجود منشأ انتزاعه فى الخارج، ولذا تکون الأمور الانتزاعيه من المقولات العشر، وليست الأمور الاعتباريّه معدودهً منها، لعدم کونها منتزعه من الخارج، إلّاأنها متقوّمه بما يصحّح لها الاعتبار.

ثم الأُمور التكوينيّه، قد تقع موقع الاعتبار - أی یتعلّق بها الاعتبار - بلحاظ آثار ومصالح، فالزوجیّه - مثلاً - فی اللّغه عباره عن «العِدلیّه» فی الخارج، فیعتبر هذا المعنی بین المرء وزوجته ویقال هما زوجان، والنکاح لغهً هو «الاتّصال»، فیعتبر هذا المعنی بین الرجل والمرأه.

و«الملکیّه» فی الخارج عباره - کما قیل - عن الهیئه الخاصّه المعبَّر عنها بالجده، فتقع هذه الواجدیّه موقع الاعتبار ویقال: هو مالک وذاک مملوک.

الحق

و«الحق» له معنیان شائعان فی الاستعمال:

أحدهما: أنّه اسم مصدر من حقّ یحقّ، بمعنی الأهلیّه وأنه ینبغی أن یکون کذا.

والثانی: أنّه صفه مشبهه، بمعنی کونه ذا واقعیّه، فهذا «حق» فی قبال طرفه «الباطل».

ومن استعمالاته بالمعنی الثانی: قوله تعالی: «وَ یَسْتَنْبِئُونَکَ أَ حَقٌّ هُوَ قُلْ إِی وَ رَبِّی إِنَّهُ لَحَقٌّ» (۱)، وقوله: «الْحَقُّ مِنْ رَبِّکَ فَلا تَکُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِینَ» (۲)، وقد یکون فعلاً مثل «حَقَّتْ کَلِمَهُ رَبِّکَ» (۳)، وفاعلاً مثل «الْحَاقَّهُ * مَا الْحَاقَّهُ * وَ ما أَدْراکَ مَا الْحَاقَّهُ» (۴)، ومفعولاً، مثل: هذا القول حق.

ومن استعمالاته بالمعنی الأوّل - وهو الأهلیّه واللّیاقه وما ینبغی أن

۱- ۱) سوره یونس: ۵۳.

۲- ۲) سوره البقره: ۱۴۷.

۳- ۳) سوره یونس: ۳۳.

۴- ۴) سوره الحاقّه: ۱ - ۳.

یکون الشیء علیه - قوله تعالی: «حَقِیقٌ عَلی (1) أَنْ لا ـ أَقُولَ عَلَی اللّهِ إِلاَّ الْحَقَّ» (2)، «وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» (3) ویقال للناقه: «حِقّه» إذا حصل لها الأهلیّه والجداره لأن یستفاد منها.

فهل الحق فی الاصطلاح حیث قلنا أنه أمر اعتباری، هو بمعنی اسم المصدر، أی الأهلیّه وکونه حقیقاً، أو هو صفه مشبهه بمعنی کونه ذا واقعیّه؟ وبعباره أخری: هل الحق الاعتباری اعتبار الأهلیّه أو اعتبار کونه ذا واقعیّه؟

الظاهر هو الأوّل، إذ نقول: له حق الشّفعه، وهو ذو حق، فعلی کونه صفه مشبهه، لا یصح أن یقال هو ذو حق، لأن الصّفه المشبهه معناها کون الشیء ذا مبدءٍ، فلا یعقل إضافه «ذو» أو «له» إلیه، فقولنا: هو ذو حق کذا، متّخذ من معنی الأهلیّه واللّیاقه والجداره، فللقاضی حق القضاء، أی هو أهل لذلک، وللحاکم حق التولیه، أی: فیه أهلیّه التصدّی لأمر الموقوفه مثلًا، وحق القیمومیّه معناه: الأهلیّه لتصدّی أمور من هو قیّم علیه... فهذا المعنی الاعتباری الذی نعبّر عنه بالأهلیّه، متّخذ من الأمر التکوینی المصدری.

وعلی الجمله، فإنّ الأمر الاعتباری منوط بمصحّح الاعتبار، یقال: هذا الکلام سیف قاطع، ویعتبر للکلام السیفیّه بلحاظ أثره، وفی حق الشفعه وحق التولیه وحق الرّهانه وغیرها، لیس المعتَبر کون هذه الأمور لها واقعیّه وثبوت بالمعنی المقابل للبطلان، بل هو الأهلیّه، فمشتری الحیوان اعتبر له حق الفسخ، وکذا المغبون، وفی حق الشفعه: اعتبر للشریک الأهلیّه لأن یشفع، أی یضمّ إلی نفسه حصّه صاحبه، وولیّ الدم له حق القصاص، أی هو

۱- ۱) فی هذه الکلمه قراءتان: «علیَّ» و«علی» والاُولی عندی أولی. منه قدّس سرّه.
۲- ۲) سوره الأعراف: ۱۰۵.
۳- ۳) سوره البقره: ۲۲۸.

أهل لأنْ يقتص، والمجتهد العادل له حق القضاوه، أى هو أهل لأن يقضى، ومن أخذ ماله غصباً له حق التقاصّ، أى هو أهل لأنْ يقتص.

فالمعنى المطّرد فى جميع هذه الموارد ما ذكرناه، وهذا هو المختار خلافاً للأكابر، كما سيجىء.

ثم «الحق» دائماً يتعلَّق بفعلٍ من الأفعال، إمّا فعلاً يصدر منه، كحقّ الفسخ، وإمّا فعلاً يُفعل لأجله، كحق النفقه، حيث اعتبر له الأهليّه لأنْ ينفق عليه، فإنْ كان فعلاً صادراً منه يكون الحق «له»، وإنْ فعلاً يفعل لأجله يكون الحق «عليه»، فيقال لصاحب حق التوليه مثلاً: حق له، ويقال لمن تجب عليه النفقه: حق عليه، وهذا الحق المعتَبر للغير، قد يكون بإيجابٍ من الشّخص على نفسه للغير، قال اللّه تعالى: «وَ كانَ حَقًّا عَلَيْنا نَصْرُ الْمُؤْمِنِينَ» (1). وليتأمّل مدى رأفه اللّه وعنايته بالمؤمنين!! فاللّه عزّ وجلّ «عليه الحق» أى: إن للمؤمنين الأهليّه والجداره لأن ينصرهم، فهو «عليه الحق» و «لهم الحق» لكنْ بجعلٍ منه.

وفى زياره الإمامين العسكريّين عليهما السّلام: «بحقّ من أوجبت حقّه عليك».

فمتعلّق الحق هو الفعل على كلّ حال، إلّافى مقام الإضافه، فإنه إلى الفعل فيقال: حق الفسخ، حق النفقه، حق التوليه... وقد يضاف إلى سببه كحق الرّهانه، بمعنى أن الوثيقه سبب لأنْ يكون له الأهليّه لبيع العين المرهونه فى قبال دينه، وكحق الأبوّه، حيث أنّ الأبوّه سبب يؤهّل الأب لأن يطاع مثلاً.

فالحقّ لا يتعلّق بالعين، بخلاف الملك، إذ يتعلَّق بالعين ويتعلَّق بالفعل،

1- 1) سوره الروم: 47.

وهذا من موارد الفرق بين الحق والملک.

ثم إنّه قد تقدم أنه إن کان موضوع هذا الأمر الاعتباری - أعنی الأهلیّه والجداره - عنواناً خاصّاً، لم یعقل نقله إلی الغیر.

هل یقبل الإسقاط والنقل؟

وأمّا قابلیّته للإسقاط، فتابعه للدّلیل.

وما قیل: من أن کلّ حقٍ یقبل الإسقاط، فغیر صحیح، لأنّ من الحقّ ما یکون علّه لموضوعه بمثابه العله التامّه له، ولا یعقل انفکاک المعلول عن علّته التامّه، فحقّ القضاوه وحق الوصایه ونحوهما، لا یقبل الإسقاط.

وبعباره أخری: إذا أخذ عنوان خاصّ فی موضوع الحق، فلا ینتقل، وأمّا الإسقاط، فالمتّبع فیه الدلیل، وحیث لا یکون دلیل، کان مقتضی القاعده العدم، لأنه متی شکّ فی موردٍ بأنّه یقبل الإسقاط أو لا، استصحب البقاء.

نعم، یمکن أن یقال: إن کلّ حق کان جعله لغبطه ذی الحق، فهو قابل للإسقاط، وکلّ حق کان جعله لانتفاع الغیر، فلا یقبله... .

فما عن الشّهید فی القواعد لیس علی کلّیته (۱).

هذا، وکثیراً مّا یشک فی أنّ هذا حق أو حکم، وفی حقٍ من الحقوق، أنه یقبل النقل أو الاسقاط أو الانتقال أو الاشتراط علی سقوطه ضمن العقد، أوْلا؟

مثلاً:

رجوع الزوج فی الزوجه المطلّقه، حق أو حکم؟

۱- ۱) القواعد والفوائد ۱ / ۲۹۱.

طرح المدّعی دعواه عند الحاکم، حق أو حکم؟

رجوع المختلعه عمّا بذلت، حق أو حکم؟

رجوع الباذل فی الحجّ، حق أو حکم؟

عزل الموکّل الوکیل، حق أو حکم؟

إن کان حقاً، فیقبل الإسقاط والسّقوط بالاشتراط، وإنْ کان حکماً، فلا یقبل شیئاً من ذلک... فما هو مقتضی القاعده؟

إن مقتضی القاعده: عدم السّقوط والنقل والإنتقال، إذْ یستصحب بقاؤه، نعم لا یثبت أنّه حکم، لأن نفی أحد الضدّین بالاستصحاب لا یثبت الآخر إلّا علی القول بالأصل المثبت. وعلی الجمله، فلا تترتب آثار الحق وإنْ لم یترتب آثار الحکم.

وأما مع إحراز کونه حقاً والشک فی قبوله لذلک ولو بالصّلح، فالمحکیّ عن الشّهید الثانی: الأصل فی الحقوق جواز الصّلح علیها، وعن المحقق الثانی: الأصل فی الحقوق المالیّه أن یقبل الصّلح علیها.

ما هو مقتضی الأصل؟

فما المراد من هذا الأصل؟

لا یبعد أن یکون هو الإجماع، أو یقال بتجویزهم التمسّک بالعام فی الشّبهه المصداقیّه، بأن یقال - فیما لو اشترط سقوط الحق ضمن عقدٍ وشک فی نفوذ هذا الشرط وتأثیره - بالتمسّک بعموم آیه الوفاء بالعقود (۱)، وعموم «المؤمنون عند شروطهم» (۲).

ص:۷۱

۱- ۱) سوره المائده: ۱.

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۱ / ۲۷۶، الباب ۲۰ من أبواب المهور، الرقم ۴.

هذا غايه ما يمكن أن يقال.

أقول: تارهً: يذكر عنوان ويُجعل موضوعاً ويرتب عليه الحق، كأنْ يقال:

وليّ الدّم له حق القصاص، ومشترى الحيوان له حق الفسخ، والزوجه لها حق المضاجعه... وهكذا. ففى هذه الموارد، لو شكّ فى قابليه الحق للنقل والسّقوط والانتقال، رجع الشك إلى أنه هل هذا العنوان بمثابه علّه تامه أو أنه مقتض؟

قد ذكرنا أنّ كلّ حق - بأى معنىً كان - جعل لعنوانٍ كان ذلك العنوان بمثابه علّه تامّه له، فلا يعقل سقوطه وإسقاطه ونقله، لاستحاله انفكاك المعلول عن علّته. فإنْ شك فى حال العنوان، كان مقتضى القاعده بحسب التفاهم العرفى العقلائى - فى كلّ عنوانٍ جعل موضوعاً لحكمٍ تكليفى أو وضعى ودار أمره بين العليّه والاقتضاء - هو كونه بنحو العليّه ودوران الحكم مداره، وعليه، يحكم بعدم قبوله لشىءٍ من ذلك، ولا مجال للتمسّک بالعمومات، لكونها أجنبيّه من جهه أنّ الشّبهه تخصصيّه.

واخرى: يترتب الحق على موضوعٍ، ولم يتحقّق هذا الاستظهار العرفى المتفاهم العقلائى، واحتمل أنْ يكون عنواناً إقتضائياً، كان التمسّک بالعمومات - لأجل إثباتٍ القابليّه للسّقوط والإسقاط والنقل - من قبيل التمسّک بالعامّ فى الشّبهات المصداقيّه.

وثالثه: يحرز كون العنوان اقتضائيّاً، وكون الحق مجعولاً للغبطه، وحينئذٍ يمكن التمسّک بالعمومات، فلو شك فى أنّ الشارع منع عن النقل والسّقوط والإسقاط أوْ لا، رجع إلى الشك فى مانعيّه شىء أو شرطيّته، والمشهور جواز التمسّک بالعمومات حينئذ، وعليه، فيحكم بقابليّته لذلك.

أقسام الحق

فظهر أنَّ الحق على خمسه أقسام:

١ – فمن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل والإنتقال القهرى بالإرث، كحقّ التحجير. ولعلّ حق السكنى والرقبى من هذا القبيل.

٢ – ومن الحق ما لا يقبل شيئاً من ذلك، كحق الوصايه وحق التوليه.

٣ – ومن الحق ما يقبل الإسقاط والانتقال دون النقل، كحق الفسخ، وكذا حقّ الشفعه، لأنه إنْ نقل إلى الأجنبى، فهو ليس بموضوع لهذا الحق، إذ موضوعه هو الشريك، وإنْ نقله إلى الشريك الأوّل، فالمفروض خروجه بالبيع للغير عن كونه طرفاً للشركه، وإنْ نقله إلى المشترى كان معنى ذلك كونه مالكاً والحال أنّه مالك بالبيع.

۴ – ومن الحق ما يقبل الإسقاط والنقل دون الانتقال، كحق المضاجعه، فيمكن إسقاطه ونقله إلى الضرّه، لأنها زوجه مثلها.

۵ – ومن الحق ما يقبل الإسقاط فقط، والظاهر أنّ حق القذف كذلك، إذ للمقذوف حق فى أن يشتكى عند الحاكم، وله إسقاطه، لكن لا ينقل ولا ينتقل.

وتبقى أمور لا نعلم كونها حقاً أو حكماً، وقد تقدّم الكلام عليها... .

وقد ظهر ممّا ذكرنا:

أن الإسقاط هو إخراج من جُعل الحق لأجل غبطته نفسه عن الطرفيّه للحق، فهذا ما يمكن أن يقال فى معنى الإسقاط، وإنْ كان لابدّ لعمل ذى الحق هذا من الإمضاء الشرعى.

وما معنى النقل؟

إن قلنا - كما ذكر الشيخ - إن البيع من النواقل، ولابدّ من تمليك الغير، انتقض ببيع الدين على من هو عليه، وهو نقض متين جدّاً كما عن صاحب الجواهر، وما ذكره الشيخ فی الجواب، فقد عرفت ما فيه:

أوّلاً: لا معنی لأنْ يصير الإنسان مديوناً لنفسه.

وثانياً: سلّمنا، لكنه يقول: أثره السّقوط. وفيه: كيف يعقل أنْ يكون الشیء سبباً لعدم نفسه؟

فإنْ قلت: معنی أن أثره السّقوط هو أنه لمّا كان ملكيّته لِما فی ذمّته بقاءً لغواً، فلا محاله يكون السقوط.

قلت: فِلمَ حَدَثَ هذا الأمر الذی لا أثر له؟

الأقوال الاخری فی حقيقه الحق

ويبقی الكلام فی الأقوال الأخری فی حقيقه الحق:

فالميرزا الأستاذ قدّس سرّه كان يقول: بأنّ الحق مرتبه من الملك (۱).

والشيخ الأستاذ قدّس سرّه كان يقول: بأنّ الحق هو الثبوت بالمعنی المصدری والثابت بالمعنی الإسم مصدری (۲).

والمحقق الخراسانی رحمه اللّه أراح نفسه فقال: الحق اعتبار خاص له آثار مخصوصه منها السّلطنه (۳).

والسيّد اليزدی طاب ثراه - والظاهر أنّه المشهور - علی أنّ الحق هو السّلطنه (۴).

۱- ۱) المكاسب والبيع ۱ / ۹۲.
۲- ۲) حاشيه المكاسب ۱ / ۱۸.
۳- ۳) حاشيه المكاسب: ۴.
۴- ۴) حاشيه المكاسب ۱ / ۲۸۰.

أقول:

قد عرفت أنّ المتبادر من الحق فی جمیع موارد استعماله أنّه متّخذ من القابلیّه والأهلیّه والجداره، فیحقّ له أن یفعل کذا بمعنی: أنه أهل لأن یفعل کذا. وهذا هو المعنی فی غیره من الشّواهد التی ذکرناها سابقاً.

وهو یستعمل أیضاً بحسب اللّغه فیما له الواقعیّه والثبوت، لکنْ لا مطلقاً، بل بخصوصیّه أنّ هذا له واقعیّه فی مقابل الباطل إذْ لا واقعیه له، ومن هذا الباب: قولنا: اللّه حق، الإسلام حق، القرآن حق... فلا ریب فی أنّه یستعمل فی الثابت، بالخصوصیّه المذکوره.

إنّما الکلام فی الحق بالمعنی الإسم المصدری، الذی له خصوصیّه الاعتبار الوضعی، فهو محلّ الکلام، لا الثبوت الذی ذکره الشیخ الأستاذ طاب ثراه، مضافاً إلی أنّا نقول: ثبت الحق، فلو کان الحق بمعنی الثبوت، لزم إسناد الشیء إلی نفسه، ونقول: ثبوت الحق، والشیء لا یضاف إلی نفسه.

وأمّا ما ذهب إلیه المیرزا الاستاذ قدّس سرّه، فلا یمکن المساعده علیه، لوجوه:

الأول: إن الملکیّه أمر اعتباری، وهو لا مراتب له، إذ المراتب مخصوصه بالمقولات، لا کلّها بل بعضها.

والثانی: إنّ الحق والملکیّه متقابلان، فیقال: فلان ذو حق، وفلان ذو ملک.

والثالث: هناک موارد یوجد فیها الحق ولا تتصوّر الملکیّه، فمثلاً: حق الاختصاص متحقّق لمن اتخذ الخمر للتخلیل، وکذا فی حق التحجیر... فهنا حق ولا ملک.

ورابعاً: إنّه لا معنی لأنْ یعتبر الملکیّه - ولو مرتبهً منها - لِما هو تحت

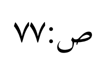
السّلطنه تكويناً، كما سيجیء فی قول المشهور.

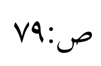
وأمّا أنه السّلطنه - كما هو المشهور - ، فإنْ أريد السّلطنه التكوينيّه، فعندنا موارد فيها الحق ولا سلطنه، كما فی المولّى عليه، وموارد بالعكس، كما هو الحال بالنسبه إلى الولی. فبين السلطنه والحق عموم من وجه.

وأيضاً: الحق يضاف إلى ذی الحق فيقال: له حق الشفعه، ولا يعقل أن يكون للإنسان سلطنه اعتباريّه على أعمال نفسه، وقد بيّنا أنّ قولهم: الحرّ مسلّط على أعماله وأفعاله، غير صحيح.

وإنْ أريد السّلطنه الاعتباريّه، انتقض بموارد الإضافه إلى فعل ذی الحق وعمله، فإنّها سلطنه تكوينيّه، وإذ يوجد السّلطنه التكوينيّه، فلا يعقل اعتبار السّلطنه.

هذا تمام الكلام فی الحقوق وما يتعلّق بها(١).


ص:۷۷



الملک

قوله:

بخلاف الملک، فإنها نسبه بین المالک والمملوک.

أقول:

والظاهر أن حقیقه الملکیّه عباره عن «الواجدیّه» فی عالم الإعتبار، والسّلطنه ملازمه لها، ولا یشترط أن تکون السّلطنه بالمباشره، فالصغیر یملک لکنّ سلطنته على المملوک تتحقّق بواسطه ولیّه المتصرّف فیه، وفی قبالها: الملکیّه الحقّه الحقیقیّه، وهی للّه الذی لا إله إلّاهو الحیّ القیّوم، ولأولیائه الذین بهم الوجود، ولذا ورد عنهم علیهم السّلام «إنّ الأرض وما فیها کلّها لنا» (۱) ونحوه غیره، وقد قام علیه البرهان أیضاً.

والدلیل على أنّ حقیقه الملکیّه هی «الواجدیّه»، هو الاستعمالات الکثیره المتبادر منها ذلک.

وذهب شیخنا الأستاذ قدّس سرّه إلى أنّها «الحوایه» (۲).

ص:۸۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۵ / ۴۱۵، الباب ۳ من أبواب إحیاء الموات، الرقم: ۲.

۲- ۲) حاشیه المکاسب ۱ / ۳۱.

وهذا قريبٌ ممّا ذكرناه.

ولاـ ريب أنه يقصد منها ما كان بنحو القيوميّه للمحويّ وكون زمامه بيده، وإنْ لم تكن الحوايه هى المعنى المتبادر من لفظ الملك، قال فى المصباح: «حويت الشىء، إذا ضممته واستوليت عليه، فهو محوى» (۱).

والظاهر أن الاستيلاء من لوازم الحوايه وليست مرادفةً لها، لكون تعديتها ب«على» كما فى عبارته.

وقيل: الملكيّه هى السّلطنه (۲).

وفيه: ما ذكره شيخنا من أن السّلطنه تتعدّى ب«على» والملكيّه متعدّيه، فكيف يكون الترادف؟

وقيل: هى الجده (۳).

وفيه: إنّ مقوله الجده هى الهيئه الحاصله للشىء بسبب إحاطه شىء به، كالتقمّص والتعمّم والتّختّم ونحو ذلك، ولاـ معنى لاعتبارها للمالك وهو من قام به المبدء، لأنّه المحيط بالمملوك لا بالعكس. كما لا مجال لأنْ يقال: بأنّ الملكيّه هى الإحاطه الإعتباريّه الموجبه لهيئه الجده، لأن الإحاطه تتعدّى ب«الباء» وتعديه الملكيّه بنفسها.

وقيل: الملكيه اعتبار من مقوله الإضافه، أى: إنّ الملكيه لمّا لم تكن من قبيل الإضافه المقوليّه، لأنّ المقوله ما يقال على شىء موجودٍ فى الخارج، والإضافه تكون بين الأمرين المتضايفين اللذين لا ينفكّ تعقّل أحدهما عن الآخر، كالفوقيّه والتّحتيه، فلذا عبّر بأن الملكيّه اعتبار من مقوله الإضافه.

ص:۸۱

۱- ۱) المصباح المنير: ۱۵۸.

۲- ۲) حاشيه المكاسب للسيد اليزدى ۱ / ۲۸۹.

۳- ۳) منيه الطالب ۱ / ۳.

وفيه: إنّ هذه المقوله هی النسبه المتکرّره التی توجب انتزاع عنوانین متضائفین متکافئین فی القوّه والفعل، ولابدّ لهذا الانتزاع من المنشأ، فإنْ کان هو السّلطنه أو الجده، فقد عرفت ما فیهما من الإشکال(۱).

ص:۸۲

قوله:

إلّا أنّ فی جواز وقوعها عوضاً للبیع إشکالاً، من أخذ المال فی عوضی المبایعه لغهً وعرفاً، مع ظهور کلمات الفقهاء عند التعرّض لشروط العوضین لِما یصحّ أنْ یکون أجرهً فی الإجاره، فی حصر الثمن فی المال.

أقول:

الإشکال تارهً: من حیث أن «الحق» لا یصدق علیه «المال» عرفاً، بل هما متقابلان. وأخری: من حیث أن «المال» یختصُّ بالأعیان الخارجیّه (۱).

ویندفع الإشکال بکلا الوجهین بأن: إطلاق المال علی الشیء، إمّا هو لأجل میل النفوس إلیه وبذل الشیء بأزائه، أو - کما قال الراغب (۲) - لأنه یمیل إلی الزوال، وهو - علی کلّ حالٍ - صادقٌ علی الحق. ومع التنزّل، فإنّ عباره

۱- ۱) ذکرهما المحقق الإصفهانی ۵۷/۱ والإشکال الثانی للمحقق الخراسانی کما فی تعلیقه ص ۴.
۲- ۲) المفردات فی غریب القرآن: ۴۷۸.

المصباح محموله علی الغالب، لأنَّ البیع صادق علی مبادله المال بعوضٍ.

وأشکل شیخنا المیرزا: بأنه لو جاز المبادله بین الملک والحق، بجعل الأوّل مبیعاً والآخر ثمناً، لزم انقلاب الملک حقّاً والحق ملکاً. والتالی باطل.

بیان الملازمه: أن البیع عباره عن تبدیل طرفی الإضافه وخروج کلٍّ من العوضین عن طرفیّته للإضافه إلی من هو له، وصیرورته طرفاً لإضافه الآخر، فإذا وقعت المعامله بین الملک والحق، صار ما کان طرفاً للملکیّه طرفاً للحق، وما کان طرفاً للحق طرفاً للملکیّه. وهذا خارج عن حقیقه البیع (۱).

وفیه:

أولاً: إن أصل المبنی فی حقیقه البیع لا یمکن المساعده علیه. کما تقدّم سابقاً.

وثانیاً: إنه یری أنّ الحقّ مرتبه من الملک. وعلیه: فإنّ غایه ما یلزم هو اختلاف المرتبه فی طرف الإضافه، ولا محذور فیه أصلاً.

۱- ۱) المکاسب والبیع ۱ / ۹۳.

الكلام فى تعريف البيع (۱)

اشاره

(۱)

قوله:

ثم الظاهر: إن لفظ البيع ليس له حقيقه شرعيّه ولا متشرّعيّه، بل هو باقٍ على معناه العرفى، كما سنوضّحه إن شاء اللّه.

إلّا أنّ الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه: ففى المبسوط والسّرائر والتذكره وغيرها:

إنتقال عينٍ من شخصٍ إلى غيره بعوض مقدّر على وجه التراضى (۲).

وحيث أن فى هذا التعريف مسامحةً واضحةً، عدل آخرون إلى تعريفه ب :

الإيجاب والقبول الدالّين على الانتقال (۳).

وحيث أن البيع من مقوله المعنى دون اللّفظ... عدل جامع المقاصد إلى تعريفه ب :

نقل العين بالصّيغه المخصوصه (۴).

ويرد عليه... ولا يندفع... لأنه: إنْ أريد بالصّيغه خصوص «بعت»، لزم الدور، لأنّ المقصود معرفه ماده بعت، وإنْ أريد بها ما يشمل «ملّكت»، وجب الاقتصار على مجرّد التمليك والنقل.

أقول:

أمّا المسامحه فى التعريف الأوّل، فلأنّ الإنتقال أثر البيع لا أنه البيع.

۱- ۱) قد عرّف السيّد الجدّ البيع فى أوّل الكتاب. فهو يتكلّم على تعاريف الفقهاء.

۲- ۲) المبسوط ۲ / ۷۶، السرائر ۲ / ۲۴۰، تذكره الفقهاء ۱۰ / ۵.

۳- ۳) المختصر النافع: ۱۱۸، الدروس الشرعيه ۳ / ۱۹۱، التنقيح الرائع ۲ / ۲۳.

۴- ۴) جامع المقاصد ۴ / ۵۵.

وأمّا الإشـكال على التعريف الثانى، بأنّ: البيع من مقوله المعنى دون اللّفظ، فلا يتوجّه إنْ أريـد البيع المتّحقق من البائع والمشترى بالإنشاء منهما، نعم، يتوجّه النقض بالمعاطاه، حيث اخذ فى التعريف جهه الدلاله، وهى من شئون اللّفظ كما لا يخفى.

وأمّـا قوله: إنْ أريـد بالصّـيغه خصوص «بعت» لزم الـدّور، فيمكن دفعه بـأنّ المراد هو البيع بما له من المعنى المرتكز أو المتفاهم لدى الغير من أهل العرف(١).

ص:٨٧

تعريف الشيخ

قوله:

فالأولى تعريفه بأنه: إنشاء تمليک عين بمال.

ولا يلزم عليه شیء ممّا تقدّم.

أقول:

هذا التعريف يوافق ما عن العلّامه الطباطبائی فی مصابيحه حيث قال:

إن الأخصر الأسدّ تعريفه بأنه: إنشاء تمليک العين بعوض على وجه التراضی.

والظاهر أنّ الشيخ بدّل کلمه العوض، بلحاظ أن إطلاقه يعمّ غير المال.

ثم إنّ السرّ فی التعبير بالإنشاء هو عموم التعريف وشموله للصحيح والفاسد، لعدم کون لفظ البيع موضوعاً لخصوص الصحيح.

الإشکال عليه

ولو أن الشيخ عرّف البيع بأنه تمليک عينٍ بمال، بأن يکون المراد منه الأعمّ من التمليک الحقيقی والإنشائی، لسلم تعريفه ممّا أورد عليه المحقق الخراسانی:

أوّلًا: بأنّ المعنى فی مشتقات البيع – من: باع يبيع – هو التمليک، لا إنشاء التمليک.

وثانياً: بأنّ البيع ممّا يقع فی حيّز الإنشاء، فإذا عُرّف بإنشاء التمليک، لزم وقوع الإنشاء فی حيّز نفسه، وهو غير معقول.

لکنّ الظاهر: أن مراد الشيخ من التمليک هو التمليک الإنشائی، وإضافه الإنشاء إليه من قبيل إضافه الصفه إلی الموصوف، فلا يتوجّه عليه الإشکال، وليس المراد من قولنا: التمليک الإنشائی هو تقييده به، حتی يورد عليه بأنّ المقيّد بالإنشاء لا يقع فی حيز الإنشاء، بل المراد هو معنی التمليک القابل لأن ينشأ(۱).

ص:۹۲

ردّ الإشكال بعدم الشمول لبيع الدين على من هو عليه

قوله:

من تعقّل تملّك ما على نفسه...

أقول:

قد تقدّم الكلام عليه، وبالجمله: إن المبيع إنْ كان هو الكلّي من غير

تقییدٍ له بالکون فی الذمّه، فهذا لا مالیّه له، وإنْ قیّد بکونه فی ذمّه المدیون لزم کونه مدیوناً لنفسه. نعم، لو باع البایع ما هو مساوٍ لذلک الکلّی فی عهده نفسه وتملّکه المشتری، سقط بالتهاتر. لکنّه خارج عن مورد النقض(۱).

ص:۹۴

الإشكال بصدقه على الشراء

قوله:

إنّ التمليك ضمنى، وإنّما حقيقه التملّك بعوض.

أقول:

وفيه: أن التعريف بإطلاقه يعمّ الضمنى.

والأولى أنْ يجاب: بأنّ المشترى إنما يُنشىء القبول والرضا بما فعله البائع من تمليك ماله فى قبال ما يأخذه من المشترى، فهو بذلك يخرج ماله عن ملكه ويدخل مال المشترى فى مكانه اعتباراً، والمشترى إنما يقبل ذلك ولا إنشاء له للتمليك أصلًا، غير أنّه لازم القبول منه فى التحقّق خارجاً.

فإن قلت: هذا فى سائر أنواع البيع، وفى السّلم مع تقدّم الإيجاب من البائع، وأمّا إنْ كان الإيجاب فيه من المشترى، كما إذا قال: أسلمت إليك هذه الدراهم فى كذا من الحنطه، أو قال: أسلفتك هذه فى كذا، لم يكن منه إنشاء القبول حتّى يتمّ ما ذكر أو يقال بأن التمليك ضمنى.

قلت: ليس ما ذكرناه ولا القول بأنّ التمليك ضمنى، تعبيراً عن قبول المشترى، بل إنّ جعله ما يملكه بدلاً وعوضاً عمّا يكون له من البائع رضاً منه وتمليك، وهذا حاصل منه، أى من المشترى، بلا فرقٍ بين أن يكون موجباً أو قابلًا.

ثم إنّ النقض باستيجار العين بعين، إنما يندفع بما ذكرناه، لا بالتمليك الضمنى الذى ذكره الشيخ فقال:

الإشكال بانتقاضه بمستأجر العين بعين

وبه يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين، حيث أن الاستيجار يتضمّن تمليك العين بمالٍ أعنى المنفعه.

ولعلّ مراده من الضمنيّه هو ما ذكرناه، من كونه لازماً للمنشأ لا أنه هو المنشأ، فليتدبّر جيّداً(١).

ص:٩٧

إنتقاض طرده بالصّلح

قوله:

وفيه: إن حقيقه الصلّح - ولو تعلّق بالعين - ليس هو التمليک على وجه المقابله و المعاوضه، بل معناه الإصلى هو التسالم... .

أقول: ملخّص الجواب:

أوّلا: إنّ الصّلح لا يتعدّى إلى المال بنفسه ولا يقال: صالحتک هذا، بل على هذا، أو عن هذا، بخلاف التمليک، وذلک أماره الاختلاف بينهما مفهوماً.

وثانياً: إنه لا يجوز أنْ يورد النقض بخصوص مورد استعماله فيما يتعلَّق بالعين فى مقابل العوض، لأن استعماله فيه وفى سائر الموارد إنما هو بجامعٍ واحد وهو التسالم، ويشهد بذلک: أنه لو طالب خصمه أنْ يصالح عن شىء بشىء، لم يكن ذلک إقراراً بملكيّته له، بخلاف ما لو طلب منه التمليک فقال: ملّكنى هذا، فإنه نظير أنْ يقول: بعنى هذا ويكون إقراراً منه.

فائده:

المصالحه: المسالمه، والتصالح: التسالم، فإن استعمل بهيئه المفاعله تعدّى إلى الطرف بنفسه فيقال: صالحته وسالمته، وبهيئه التفاعل: تصالحت معه وتسالمت معه، أو يقال: تصالحنا، قال الراغب: «السّلام والسِّلم والسَّلَم:

الصّلح. قال تعالى «وَ لا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقى إِلَيْكُمُ السَّلامَ لَسْتَ مُؤْمِناً...» (1) وفى المنجد فى اللغه: «الصّلح: السّلم، وهو اسم من المصالحه، وصالحه مصالحةً:

ص:١٠٠

١- ١) المفردات فى غريب ألفاظ القرآن: ٢۴٠.

وافقه، خلاف خاصمه، وتسالم القوم: تصالحوا وتوافقوا» (۱).

ثم إنْ كان الصّلح فی مقام رفع الید عن الشیء یقال: صالحته عن حقوقی - مثلاً - بکذا، وربما یقدّر ما یرفع الید عنه علی مبنی أمرٍ معیّن فقال:

صالحته علی کذا، أو یتوافقان علی قرارٍ معیّن بینهما کما فی الشریکین، بأنْ یکون الربح والخسران علی أحدهما، أو بأنْ یکون الشراء من أحدهما والبیع من الآخر، أو بما یسدّ مسدّ المضاربه، فیقال: صالحتک علی کذا، وربما یتصالح علی أنْ یکون شیء فی مقابل شیء، فیقال: صالحته علی أن یکون کذا بکذا»(۱).

۱- ۱) المنجد فی اللغه: ۴۳۲.

هل يشمل الهبه المعوّضه؟

قوله:

وأمّا الهبه المعوّضه، والمراد بهاهنا: ما اشترط فيها العوض، فليست إنشاء تمليكٍ بعوض على جهه المقابله... .

أقول:

الهبه المعوّضه على قسمين، فتارةً: يهب بلا قيد والمتّهب يهب شيئاً كذلك. فهذه هبه معوّضه تترتّب عليها الآثار، واُخرى: أنْ يهب بشرط أنْ يعوّضه. فقول الشيخ: والمراد بها... لإخراج القسم الأوّل، فإنه لا يحتمل أن ينتقض التعريف به.

وقوله: ليست إنشاء تمليك بعوض... يعنى: ليس معاوضةً بين الشيئين، بل هو معاوضه بين الهبتين، ويشهد بذلك أنه إذا أقبضه تملّك وإنْ لم يكن الطرف الآخر قد وهب، فلو كان مقابله بين المالين، لزم أن يكون مالكاً لما يملكه الطرف ويريد أنْ يهبه.

فالهبه المعوّضه ليست مقابلةً بين المالين، وإنما هو شرط للعوض، وفيه تمليكان وأحد التمليكين بعوض الآخر مع الاشتراط، وكذلك فى القسم الآخر ولكنْ بلا اشتراط.

وبـالجمله، ففى الهبه المعوّضه - بكلاـ قسـميها - لاـ توجـد مقـابله بين المالين. نعم، بينهما فرق من جهه أنه حيث يشترط، يكون للواهب حق الفسخ... .

هذا مقصود الشيخ.

وأقول: فالهبه المعوّضه تنقسم إلى القسـمين المذكورين، وأمّا إذا كانت بشـرط النتيجه كأنْ يقول: وهبتك هذا بشـرط أن يكون متاعـك ملكـاً لى، فبمجرّد إقبـاض الواهب وملكيّته، يكون ملـك المتّهب ملكـاً للواهب، فما ذكره الشـيخ من أنها هبه فى مقابله هبه، منقوض بما ذكرناه.

لكنّ المهمّ: أن هذا إنما يملك بالشرط لا بالمعاوضه، فالفرق بين الهبه والبيع واضح، والنقض غير وارد.

قوله:

فقد تحقّق ممّا ذكرنا: أن حقيقه تمليك العين بالعوض، ليست إلّاالبيع... .

فمـا قيـل: من أنّ البيع هو الأصل فى تمليك الأعيان بالعوض، فيقـدّم على الصّـلح والهبه المعوَّضه، محلّ تأمّل بل منع، لما عرفت من أنّ تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير... لكنّ الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل... .

أقول:

عبارته غير مستقيمه، وصحيحها: إنه لو قصد الصّلح والهبه المعوّضه، لم يكن الاستعمال على حقيقته فى الأمرين ولم يكن بيع، إذْ لاـ يعقـل وقوعه بيعاً مع فرض قصـد الصّـلح أو الهبه المعوّضه وعـدم قصـد البيع. فمراده: إنه لو قال: ملّكتك كـذا بكـذا، وقصـد المعنى الحقيقى الذى هو عباره عن المبادله والمعاوضه، وقع بيعاً. ولو قال كذلك قاصداً الصّلح أو الهبه، فإنه وإنْ لم يقع بيعاً، لا يقع صلحاً أو هبه، لعدم كون الكلام صريحاً فيهما، فالاستعمال

مجازی، إذ وقوعهما منوط بالقول بکفایه الألفاظ غیر الصّریحه فی المعاملات المخصوصه، ولو شک فی قصد البیع أو أحد الأمرین، کان مقتضی أصاله الحقیقه علی أن مقصوده البیع.

فقول صاحب الجواهر: من أنّ البیع هو الأصل فی تملیک الأعیان...

یقول الشیخ: لیس مراده أصاله الحقیقه الجاریه فی موارد الشک کما ذکرنا، أی: متی شکّ فی أنه قصد البیع أو الصّلح والهبه، فالأصل المذکور یقتضی الحمل علی البیع لأنه الحقیقه.

أقول: نعم، لیس مراده ذلک، بل لعلّ نظره إلی أنّ تملیک الأعیان أعمّ من التملیک الصّریح أو الضمنی أو الالتزامی، فتملیک الأعیان معنی کلّی ینطبق علی البیع والصّلح والهبه المعوّضه، لوجود التملیک فیهما ولو بنحو الضمنیّه والالتزامیّه، لکنْ لمّا کان الشائع فی تملیک الأعیان بالعوض هو البیع، کان تملیکها بالعوض ظاهراً فی البیع، فالمراد من «الأصل» هو «الظاهر».

لکنّ الشیخ لا یوافق علی هذا، لأنّ حقیقه الصّلح هو التسالم، وحقیقه الهبه المعوّضه التملیکان المستقلّان، حیث یشرط أحدهما بالآخر ولیس مقابلةً بین المالین، فالأصل محلّ تأمّل بل منع، لأن تملیک الأعیان لیس معنیً کلّیاً جامعاً بین المفاهیم، بل بینها تباین... وتملیک الأعیان بالعوض هو البیع لا غیر.

کیفیّه إخراج القرض

قوله:

بقی القرض داخلاً فی ظاهر الحدّ، ویمکن إخراجه بأنّ مفهومه لیس نفس

المعاوضه، بل هو تمليک على وجه ضمان المثل أو القيمه لا معاوضه للعين بهما.

أقول:

لابدّ أوّلاً من بيان حقيقه القرض:

وهو فى كلام الشيخ: تمليک على وجه الضّمان.

وقال المحقق الخراسانى: المقصود من القرض هو التمليک لا مجّاناً بل بنحو الغرامه (۱).

وقال شيخنا الأستاذ: هو تمليک ما له بدل واقعاً، فيقصد بتمليکه عدم المجانّيه، لا جعله بأزاء شىء (۲).

وقال الفاضل الإشكورى - وهو يقرّر كلام أستاذه المحقق الرشتى - لا معاوضه فى القرض أصلاً، بل هو عباره عن تسليم تشخّص العين مع بقاء ماليّته، بمعنى أن للعين جهه تشخّص وماليّه خاصّه وجهه كليّه وماليّه كليّه، فالمنتقل هى الماليّه الشخصيّه، وأمّا الكليّه، فهى باقيه على ذمّه المقترض برسم الأمانه، فلا معاوضه فى البين، نظير حكم الشارع بجواز التصرّف فى الملتقط ليحفظ فى ذمّته وإنْ ذهب تشخّصها (۳).

قوله:

ولذا لا يجرى فيه ربا المعاوضه ولا الغرر المنفى فيها ولا ذكر العوض ولا العلم به. فتأمّل.

أقول:

إنه لا يقدح الجهل بكون الشىء مثليّاً أو قيميّاً، بل لو قال له: أقرضتک ما

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۶.

۲- ۲) حاشيه المكاسب ۱ / ۷۲.

۳- ۳) بغيه الطالب ۱ / ۳۹.

فی الصندوق، وهو جاهل بمقداره، صحّ علی الأصحّ.

والتحقیق: إن التملیک أمر قصدی، وهو لیس بمقصود فی القرض، ویشهد بذلک کلمات أهل اللغه:

ففی المصباح المنیر: «والقرض ما تعطیه غیرک من المال لتقضاه» (۱).

وفی القاموس: «ما تعطیه لتقضاه» (۲).

وفی المفردات: «وسمّی ما یدفع إلی الإنسان بشرط ردّ بدله قرضاً» (۳).

وفی مجمع البحرین: «هو إعطاء شیء لیستعید عوضه فی وقت آخر» (۴).

مضافاً، إلی أنّ التملیک لا یخلو من أن یکون بلا عوضٍ أو مع العوض ولا ثالث، وحیث أنّ القرض لیس بهبهٍ ولا معاوضه، إذ لا یلزم فیه ذکر العوض، فلیس هو تملیکاً من المقرض. وأیضاً، فما ذکر من الضّمان، لیس من باب ضمان الید، إذ لیس للمالک المطالبه بالشیء مع کونه موجوداً کما هو المشهور، کما لا یجب علی المقترض دفعه، بل له أن یؤدّی مثله أو قیمته حتی مع وجوده. ولیس من باب ضمان الإتلاف، لأن مورده إتلاف مال الغیر بدون إذنه، فلا یشمل القرض، ولو أرید الأخذ بضمان الإتلاف، بمعنی أن یعطیه الشیء لأنه یضمنه لو أتلفه، لزم أن لا یکون مالکاً له وإنما قد أبیح له التصرف فیه، وإلّا فلا معنی لضمان الإتلاف فی ملک نفسه.

هذا بالنسبه إلی کلام الشیخ.

۱- ۱) المصباح المنیر: ۴۹۷.
۲- ۲) القاموس المحیط ۲ / ۳۴۲.
۳- ۳) المفردات فی غریب القرآن: ۴۰۰.
۴- ۴) مجمع البحرین ۴ / ۲۲۶.

وأمّا ما ذكر من الغرامه، فالأمر أشكل، لأن الغرامه هى الخساره، ولا موضوع لها فى القرض.

وأمّا ما ذكره شيخنا الأستاذ، من أنه تمليك ما له بدل واقعاً، ففيه: أنه لو قال ماله بدل بحسب الاتّفاق بين الطرفين لكان أولى، على أنه يسأل: هل هذا البدل بنحو الغرامه أو العوض؟ وكلاهما غير تام.

فالقرض: إعطاء الانسان المال إلى الغير، بجعله فى عهدته مع قطع إضافته إلى نفسه، وهذا هو المناسب لمفهوم القرض لغةً، فإنه فى اللّغه بمعنى القطع، ومنه الحديث: «قرضوا لحومهم بالمقاريض» (1)، ولازم ذلك تملّك الغير الآخذ له، والعهده أعمّ من العين وبدلها(1).

ص:١٠٧

١- ١) ذكره صاحب مجمع البحرين فى «قرض» ۴ / ٢٢٧، قال: أى قطعوها.

استعمال البيع فی معانٍ اخر

اشاره

قوله:

ویظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فی معانٍ اخر غیر ما ذکر:

أحدها: التملیک المذکور، لکنْ بشرط تعقّبه بتملّک المشتری... .

أقول: أمّا البیع بمعنی الإیجاب المتعقّب للقبول، فالظاهر أنه لیس مقابلاً للأوّل... .

أقول:

هذه المعانی ذکرها الشیخ کاشف الغطاء قدّس سرّه (۱). قال الشیخ:

ولعلّه لتبادر التملیک المقرون بالقبول من اللّفظ، بل وصحّه السّلب عن المجرّد، ولهذا لا یقال: باع فلان ماله، إلّابعد أنْ یکون قد اشتراه غیره، ویستفاد من قول القائل: بعت مالی، أنه اشتراه غیره، لا أنه أوجب البیع فقط.

وبعبارهٍ أخری: إذا کان البیع إنشاء تملیک عینٍ بمال، فإنه یتبادر منه التملیک الحقیقی، فیکون هناک تملّک لا محاله، وإلّا کان تملیکاً إنشائیاً.

وبالجمله: فإنّ التملیک الحقیقی - وهو المتبادر - لا ینفکّ عن تملّک المشتری.

وهذا المعنی الحقیقی هو المقصود أیضاً من الانتقال فی المعنی الثانی، أی: الأثر الحاصل من الإیجاب والقبول، وهو الإنتقال.

وقوله فی المعنی الثالث: «حتی الإجاره وشبهها...» معناه: أن لفظ «بعت»

۱- ۱) شرح القواعد ۲ / ۸ - ۱۱.

يكون فى البيع جزءً من العقد، لأنه إيجاب، وكذا «صالحت» فى الصلح و«أنكحت» فى النكاح. أما فى الإجاره، فإن قوله: «آجرتك» ليس جزءً من عقد الإجاره، لأنّ الإجاره ليست مصدر آجرتك وإنما هو الإيجار، بل الإجاره هى النتيجه الحاصله من الإيجاب والقبول، فهذا مراده من قوله:

«حتى الإجاره». وعلى الإجمال، يقول الشيخ بأن عناوين المعاملات - عدا الإجاره - هى من باب استعمال اللّفظ الموضوع للجزء فى الكلّ، أمّا فى الإجاره، فالعنوان من باب استعمال اللّفظ الموضوع للمسبّب فى السبب.

قلت: فإذا كان «البيع» نفس الإيجاب والقبول، فما معنى قولهم: كتاب البيع ويجب فيه الإيجاب والقبول؟

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الأوّل

ثم إنّ الشيخ أشكل على المعنى الأوّل بما حاصله: عدم صحّه أخذ قيد التعقّب بالقبول فى معنى البيع المصطلح، وإنما هو فرد انصرف إليه لفظ البيع فى مقام قيام القرينه على إراده الإيجاب المؤثّر - وهو ملكيّه المشترى - الذى لا ينفك عن المؤثّر وهو التمليك، لأنّ التمليك متقوّم بالملكيّه - ولولاها لم يصدق - والملكيّه الخارجيّه منوطه بقبول المشترى، وذلك يكون بقيام القرينه.

فهنا مرحلتان، مرحله تأثير فعل البائع، وهو حصول الملكيّه، لأنّ الأثر لا ينفك عن المؤثّر، ومرحله الخارج، ومن الجائز أنْ لا تحصل الملكيّه فى الخارج إلّابعد القبول، فكان القبول شرطاً لحصول الملكيّه الخارجيّه لا أنه مقوّم لمفهوم البيع، ولذا قال:

فالبيع وما يساويه معنىً من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار كما

تخيّله بعض. فتأمّل.

أى: لأنّه يعقل الانفكاك بين الوجوب والإيجاب خارجاً، مثلًا:

لـو أوجب المـولى شـيئاً ولم تقم على المكلّـف حجّةٌ وأجرى الـبراءه عن التكليـف، تحقّـق الإيجـاب ولم يتحقّـق الوجوب، لأنّ الوجوب عباره عن ثبوت التكليف فى ذمّه العبـد، ولا تحقّق له إلّابقيام الحجّه، فكان البعث من المولى حاصـلًا من غير أنْ يكون انبعـاث من العبـد، لعـدم قيـام الحجّه، وكـذلك الحـال - بنـاءً على القـول بـالواجب المعلّق - حيث يكون الإيجـاب من ا لمولى متحقّقاً، والوجوب غير موجود بل هو متأخّر عن القيد المعلَّق عليه، فما نحن فيه من هذا القبيل، وليس من قبيل الكسر والانكسار، إذْ لا يعقل الكسر خارجاً وعدم تحقّق الانكسار.

هذا شرح كلام الشيخ، ويمكن تأييده بأنّه: لو كان معنى البيع مأخوذاً فيه التعقّب بالقبول، فإنَّ كلّ مقيّد يتوقف تحقّقه على تحقق القيد، فلا تحقّق للبيع إلّابعد القبول، لكنّ قبول البيع متوقف على تحقّق البيع، فيكون البيع متوقّفاً على القبول، والقبول متوقّفاً على البيع، وهذا دور.

إلّا أنه ينبغى المزيد من الدقّه:

إن المفـاهيم تـارةً: جوهريّه، كالمـاء والتراب ونحوهمـا من الموجودات الخـارجيّه، وهـذه المفاهيم تارةً لها وجود ذهنى وأخرى وجود خارجى، وربما يحصل لها الوجود التنزيلى كما يقول السكّاكى. والمفاهيم الجوهريّه لا تقع فى حيّز الإنشاء.

وأخرى: هى مفاهيم عرضيّه، وهذه على قسمين:

فالقسم الأوّل: ما يفيـد مفاد المصـدر، أى: النّسـبه الناقصه، وقـد يكون له وجود ذهنى، وقد يكون وجود خارجى بمعونه القرينه، فالأكل والشرب

ونحوهما هی من المفاهیم العرضیّه الرابطیّه، إلّاأنّها موجوده فی الخارج أوْلا، فإنّ ذاک خارج عن حدّ المفهوم فیها.

والقسم الثانی: ما یفید مفاد الماضی والمضارع والأمر، فالماضی یدلُّ علی أنَّ العرض له نسبه تحقّقیه لموضوعه، مثل: أکل وشرب، ویکون لهذه النسبه وجود فی الخارج لا ـ محاله وإلاّ ـ لم تکن تحققیّهً، لأـنّ الحقیقه ترادف الوجود کما ذکر المحقق الطوسی رضوان اللّه علیه، وکذا غیره من المشتقات.

وثالثه: مفاهیم اعتباریّه، کالزوجیّه والملکیّه، ولیس لها وجود، غیر أنّها تقبل الوقوع فی حیّز الإنشاء، وهی دائماً بحاجهٍ إلی مصحّح الاعتبار، وهو قد یکون شرعیّاً وقد یکون عقلائیاً، وإن جاز أنْ یقال بأنّ العقلائی شرعی أیضاً، غیر أنّ الشارع قد یمضی اعتبار العقلاء وقد لا یمضی.

فالملکیّه أمر اعتباری، فإذا ملّک داره لزید، فقد اعتبر ملکیّه الدار له، والعقلاء قد یمضون اعتباره وقد لا، والشارع قد یمضی اعتبارهم وقد لا یمضی.

إذا عرفت هذه المقدّمه، ظهر لک أنّ تعقّب البیع بالقبول بالنسبه إلی الملکیّه العقلائیّه والشرعیّه معتبر، إلّافی الملکیّه القهریّه، واعتبارها فی البیع والشراء بدون تعقّبه لا ـ مصحح له عقلاءً وشرعاً، ویبقی اعتبار المالک وحده، فهل یمکن الاعتبار منه والتملیک المالکی حیث یعلم أنْ لا وجود خارجی للطرف المقابل، أو له وجود ولکنْ لا یسمع، أو یسمع ولا یرید القبول؟

وبعباره أخری: لا ـ ریب أنّ الإنشاء خفیف المؤنه، لأـنه قصدٌ لثبوت المعنی باللّفظ، فیعتبر السماء – مثلًا – مالکاً للدار ویقول: ملّکت السماء، ولکنّه فی مقام الجدّ وإراده تملیک الغیر جدّاً، هل یعقل التملیک المالکی من

دون تحققٍ للقبول الخارجى؟

الإنصاف هو العدم، وإنّ التمليك المالكى بنحو الجدّ منوط بوجود قبولٍ فى الخارج، وبالتفات البائع إلى أن الطرف المقابل سيقبل، فالقول بتقوّم مفهوم البيع بالقبول بعد الإيجاب قريبٌ جدّاً، والدّور الذى ذكرناه يشبه الدّور المعى(١).

ص:١١٣

الكلام على إشكال الشيخ على المعنى الثانى

قوله:

وأمّا البيع بمعنى الأثر وهو الإنتقال، فلم يوجد فى اللّغه ولا فى العرف، وإنّما وقع فى تعريف جماعه تبعاً للمبسوط، وقد يوجّه: بأن المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنىّ للمفعول، أعنى المبيعيّه. وهو تكلّف حسن.

ص:۱۱۹

أقول:

قال شيخ الطّائفه: البيع هو انتقال عينٍ مملوكه من شخص إلى غيره بعوضٍ مقدّر على وجه التراضى (١).

والظاهر أنّه أراد الإنتقال الملكى الذى هو المسبّب، فقد استعمل اللفظ الموضوع للسّبب فى المسبّب، وإلّا فالمبيعه هى المملوكيه لا الملكيه، فتعريف البيع بالإنتقال تعريف للشّىء الذى هو السبب بمسبّبه، نظير تعريف الشىء بلازمه، فهو شبيه للرّسم.

الكلام على اشكال الشيخ على المعنى الثالث

قوله:

وأمّا البيع بمعنى العقد، فقد صرّح الشهيد الثانى رحمه اللّه بأن إطلاقه عليه مجاز لعلاقه السببيّه. والظّاهر: إن المسبّب هو الأثر الحاصل فى نظر الشارع... .

أقول:

حاصل إشكال الشيخ على هذا المعنى بناءً على مختاره فى تعريف البيع هو:

أن الإيجاب والقبول سببٌ للملكيه، أى: إن التمليك الذى يقصده المالك يحصل بواسطه الإيجاب والقبول، وليس البيع نفس الإيجاب والقبول. فقول القائل باعتبارهما هو بلحاظ أن المقصود من البيع هو ترتب الأثر فى نظر الشارع، وهو المسبب من الإيجاب والقبول، وبهذا اللّحاظ يقال: لزم البيع، وجب البيع، أقال البيع... وهكذا. وعلى الجمله، فالبيع هو إنشاء التمليك لا الإيجاب والقبول، وهذا هو البيع الاصطلاحى.

١- ١) المبسوط فى فقه الإماميه ٢ / ٧٦.

والحاصل: فإن المسبب عن العقد هو البيع الاصطلاحى حقيقةً أو مجازاً، أى المعنى الاسم مصدرى، وأمّا البيع بالمعنى اللّغوى فهو النقل الإنشائى الحاصل من الموجب، ضروره أن المنشأ لا ينفك عن إنشائه بل متّحد معه(١).

ص:١٢١

هل البیع اسمٌ للصحیح؟

اشاره

قوله:

ثمّ إنّ الشهید الثانی نصّ فی کتاب الیمین من المسالک (۱) علی أنّ عقد البیع وغیره من العقود حقیقه فی الصّحیح مجاز فی الفاسد... وقال الشهید الأوّل فی قواعده: الماهیّات الجعلیّه - کالصّلاه والصوم وسائر العقود - لا تطلق علی الفاسد إلّا الحج (۲)... .

أقول

ذهب الشهید إلی أن عقد البیع وسائر العقود موضوعه لخصوص الصحیح، للتبادر وصحّه السّلب عن الفاسد - کما فی تعبیر الشیخ، وأما فی عباره المسالک فهو: عدم صحه السّلب، وهو یرادف التبادر - ولأنّه إذا قال:

بعت داری لزید، فقد أقرّ علی نفسه، حتی لو ادّعی إراده البیع الفاسد لم تسمع دعواه إجماعاً، ولو کان اللّفظ موضوعاً للأعمّ من الصحیح والفاسد، لسمعت دعواه وقُبل تفسیره بأحدهما، فمن عدم سماع ذلک منه یستکشف أنه موضوع لخصوص الصّحیح. وکذلک الحال فی سائر العقود، ولذا قال الشهید:

الماهیّات الجعلیّه... وظاهره - کما قال الشیخ - إراده الإطلاق الحقیقی، إلّا الحج، فإنه إذا قارب زوجته، قال جماعه: فسد حّجه وعلیه أنْ یحجّ من قابل، وقال آخرون - ولعلّه الأصحّ - بصحّه حجّه، لکنْ علیه الحج من قابل عقوبهً (۳).

ص:۱۲۳

۱- ۱) مسالک الأفهام ۲ / ۱۵۹ ط الحجریّه.

۲- ۲) القواعد والفوائد ۱ / ۱۵۸.

۳- ۳) وهو صریح صحیحه زراره. وسائل الشیعه ۱۳ / ۱۱۲، الباب ۳ من أبواب کفّارات الاستمتاع: الرقم ۹.

الإشكال على الشهيدين

قال الشيخ:

ويشكل ما ذكراه: بأنّ وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسّک بإطلاق نحو «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» وإطلاقات أدلّه سائر العقود فی مقام الشکّ فی اعتبار شیء فيها، مع أنّ سيره علماء الإسلام التمسّک بها فی هذه المقامات.

أقول:

وجه الإشكال فی عدم جواز التمسّک بإطلاق قوله تعالی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» ونحوه فی مقام الشّک فی دخل شیء وجوداً أو عدماً واضح، لأنه إذا كان موضوعاً للصحيح المؤثّر، كان مجرّد احتمال دخل الشیء كافياً للشک فی صدق عنوان «البيع» علی ما وقع، وحينئذٍ، لا يحرز الموضوع، فكيف يتمسّک بالآيه و يرتّب الأثر علی البيع ويحكم بحلّيته؟

ثم ذكر وجهاً لما ذهب إليه الشهيدان، والوجه لتمسّک العلماء بالإطلاقات كما سيأتی.

وأقول: إنّ «الصحيح» قد يطلق فی مقابل المعيب، وقد يطلق فی مقابل السّقيم،وقد يطلق فی مقابل الفاسد، وربما يقال الصحيح فی مقابل الناقص، فيراد منه الكامل، والمراد منه فی قبال الفاسد - ولعلّه فی غيره أيضاً - هو ما يترتّب عليه الأثر المترقّب منه، فيكون الفاسد ما لا يترتّب عليه الأثر المذكور، فالموصوف بالصّحه والفساد يكون بالضروره ممّا يمكن انفكاک الأثر منه، فأمّا ما لا ينفک عنه الأثر، فلا يعقل أن يوصف بالصحّه تارهً وبالفساد اخری.

وعلی ما ذكرنا، فإنه إن كان تعريف البيع مبادله مالٍ بمال، فإنّ المبادله

يـدور أمرهـا بين الوجود والعـدم ولا تتّصف بالصـحّه والفساد، وكـذلك بناءً على أنه تمليك عين بمالٍ، لأنّه إمّا حاصل وإمّا لا، ولا ـيمكن أنْ يقـال: تمليك ولا ملكيّه، لأنّ النسـبه بينهما نسـبه الإيجاد والوجود، فالحقيقه واحـده والإختلاف مفهومى، من جهه تعـدّد النسـبه، فـإذا نسب الأـمر إلى الفاعـل فهو تمليـك، وإذا نسب إلى الشـىء فهو ملكيّه، وكـذلك الإيجاب والوجوب، ونحو ذلك.

والنسـبه بين الصـحّه والفساد هى نسبه العدم والملكه، وما يكون أمره دائراً بين الوجود والعدم فالنسبه فيه نسبه السّلب والإيجاب، و«مبـادله مـالٍ بمـالٍ» و«تمليك عينٍ بمال» من قبيل الثانى لا الأوّل، لأن المبادله أو التمليك إمّا موجود أو معـدوم، فلا يصـحّ أن يقال: هل حصلت الملكيّه بعد التمليك أوْ لا؟ لأنّ عدم الملكيّه عدم التمليك لعدم الإنفكاك بينهما.

فإذن، لا مجال للبحث عن أن البيع حقيقه فى الصحيح أو الأعم، بناءً على التعريفين المزبورين.

نعم، يصحُّ البحث عن ذلك بناءً على مختار الشيخ فى التعريف، لأن إنشاء تمليك عين بمالٍ، قد يؤثّر فى الملكيّه وقد لا يؤثر.

ثم إنَّ المشـهور - والظاهر أن عليه الشـيخ أيضاً، ولذا أشـكل على التمسّك بالإطلاقات، ثم وجّهه بما سيأتى، وإلّا لم يكن حاجه إلى ذلـك كما سـنوضّح - أن الملكيّه أمر ثابت فى نفس الأمر، وكلّ من نظر العرف والشّرع طريق إليه، فإذا قال الشارع ببطلان البيع الربوى، فقد خطّأ العرف والعقلاء فى الطريق إلى ذلك الأمر الواقعى.

ويقابله القول بأنها أمر اعتبارى ولا واقعيّه لها أصلاً، وكلّ من بيده الاعتبار إذا اعتبر شيئاً، فإنه يتحقّق فى موطن الاعتبار، فإذا اعتبر العقلاء

الملكيّه تقرّرت فى موطن اعتبارهم، ثم الشارع قد يطابق اعتباره ذلك الاعتبار، فتتحقّق الملكيّه الشرعيّه مطابقةً للملكيّه العقلائيّه، وقد لا يوجد من الشارع الاعتبار المطابق لاعتبارهم، ولا تنتفى الملكيّه حينئذٍ، لأنّ المفروض وجود الملكيّه الاعتباريّه.

وهذا القول هو الصّحيح.

إنما الإشكال بناءً على قول المشهور، لأنه إذا كان البيع موضوعاً للمؤثر فى الملكيّه الواقعيّه ثمّ شكّ فى اعتبار العربيه مثلاً فى عقد البيع، ولا ندرى هل العقد الفاقد لها يؤثّر أوْ لا، كان التمسّك بالاطلاقات غير جائز كما تقدّم، بخلاف القول الثانى، فإنه بناءً عليه لا محذور فى التمسّك، لأنّ البيع موضوع لإنشاء التمليك المؤثر فى الاعتبار العقلائى، والألفاظ موضوعه للمعانى العرفيّه، وعليه، فمعنى الآيه المباركه: إنّ كلّ عقد كان مؤثّراً فى الملكيّه الاعتباريّه العقلائيّه فهو حلال، فإذا قال: الغرر مفسد للبيع، فقد استثنى البيع الغررى من عموم ما أمضاه، لأنّ مقتضى الإطلاق مؤثّريه كلّ بيع عقلائى، فيكون دليل المنع من البيع الغررى مخصّصاً ويخرج به هذا النوع من تحت العام.

فقول الشيخ: ويشكل ما ذكراه... مبنيٌّ على قول المشهور.

ثم قال الشيخ ما حاصله: البيع بالمعنى المصدرى عباره عن النقل الحاصل من البائع والواقع فى حيّز الإنشاء، ويقابله المعنى الإسم المصدرى وهو حصول النقل فى الخارج، ومراد البائع من قوله بعت هو المعنى على النحو الثانى ولو فى نظره، فإنْ طابق الواقع كان صحيحاً وإلّا فهو فاسد، وأمّا الشارع، فإن كان مؤثّراً فى اعتباره كان بيعاً وإلّا فلا، فبيع الهازل - مثلاً - ليس ببيع عند العرف، وكذلك لو باع وقصد حصول الملكيّه ولم يؤثّر عند

الشّارع - كبيع الغرر - فهو ليس ببيع.

وعلى هـذا، فلاـ يتوجّه على الشيخ مـا أورده بعض الأكابر (۱) من أن النقـل الإسم مصـدرى يـدور أمره بين الوجود والعـدم ولا يتّصف بالصّحه والفساد.

وبعبـاره أخرى: إذا كـان للملكيّه واقعيّه، وكانت مؤثريّه الملكيّه الحاصـله من المصـدر فى تحقّق الملكيّه الواقعيّه، موجبةً لانطباق عنوان الصحه عليها، وعدم مؤثّريتها فى حصولها موجبةً لاتّصافها بالفساد، لم يتوجّه الإشكال عليه.

ويبقى الكلام فى وجه التمسّك بالإطلاقات فى كلّ موردٍ شكّ فى دخل شـىء وجوداً أو عدماً فى المؤثّريه، وينحلُّ كلام الشيخ هنا إلى وجهين:

أحدهما: إن الشارع يخاطب العرف، وهو كأحدهم فى مكالماته ومحاوراته معهم، فمراده من البيع فى قوله «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» هو ما يراه العرف بيعـاً، كمـا هو الحـال فى الألفـاظ الأـخرى من المـاء والتراب وغيرهمـا، فمراده من البيع فى الآيه - وهو يكلّم العرف ويتكلّم بلسـانهم - نفس مـا يراه العرف بيعـاً، فمعنى الآـيه حينئـذ: إن النقل الملكى الحاصل من المصـدر المؤثر عنـد العرف فى الملكيّه الواقعيّه، حلالٌ بالحليّه الوضعيّه.

والثانى: إن «أحلّ» تعبّد من الشارع بالتأثير وجعله مؤثراً، فالبيع الذى هو مبدء المشـتقات، هو الذى تعلّق به الحلّ، أىْ جُعل حلالاً ومؤثّراً فى الملكيه الواقعيه.

وحاصل الوجهين: إنّ البيع لم يستعمل فى الآيه فى المؤثّر فى الملكيّه الشّرعيه، بل هو مستحيل، للزوم إثبات الشىء بنفسه.

۱- ۱) حاشيه المكاسب للمحقق الإصفهانى ۱ / ۸۵ .

ولو فرض كون الحليّه بمعنى الترخيص لاـ الحليّه الوضعيّه، فالأمر كذلك، إذ يكون المعنى: إنكم مرخّصون فى البيع الذى هو مؤثّر عندكم فى الملكيّه، فلو لم يكن مؤثّراً عندهم لم يعقل الترخيص فيه لهم، فالترخيص فيه ملازم لكونه مؤثّراً، وليس الترخيص إلّاالإمضاء والقبول.

هذا بيان كلام الشيخ وهو المقصود يقيناً، خلافاً لبعض الأكابر حيث فسّره بنحوٍ آخر غير مقبول عندنا.

وهذا كلّه بناءً على أنّ للملكيّه واقعيّةً كما عليه المشهور، وحاصل الكلام بناءً عليه: إنه إنْ أثّر ما صدر من البائع فى الأمر الواقعى كان بيعاً وإلّا فلاـ يكون بيعاً، ولذا يكون النهى من الشارع - كما فى مورد الغرر والرّبا - بمعنى أن البيع الواقع من المالك غير مؤثر، وإنْ كان مؤثراً عند العرف كذلك، كان الشارع مخطّئاً للمالك والعرف فى تلك الموارد؛ وحيث لا نهى منه فهو الإمضاء لما هو الموجود عند العرف.

وأمّا بناءً على أنْ لاـ واقعيّه للملكيّه يكون نظر الشارع والعقلاء طريقاً إليها، بل هى أمر اعتبارى ولا حقيقه لها وراء الاعتبار، كان البيع أمراً قائماً بنفوس العقلاء واعتباراً آخر قائماً بنفس الشارع، فإذا نهى الشارع عن الغرر مثلاً، فالملكيّه موجوده، إلّاأن الشارع لا يرتّب الأثر الشرعى عليها.

وهذا المبنى هو الحق كما تقدّم، وعليه يصحّ التمسّك بالإطلاقات بكلّ وضوح، لأنّ لفظ البيع موضوع للمعنى اللّغوى أى الملكيّه العقلائيّه، فإذا أحلّه اللّه فقد أحلّ البيع الذى هو مؤثّر فى الاعتبار العقلائى، فيكون للشارع اعتبار إلى جنب الاعتبار منهم، وإذا نهى عنه فى موردٍ كان استثناءً عن العام أو المطلق الدالّ على حليّه جميع الأقسام، فإنْ اشترط للمؤثريّه شرطاً، أسقط

عن التأثير ما كان فاقداً لذلك الشرط، وهذا أيضاً تخصيصٌ للعام(١).

ص:١٢٩

المعاطاه

ص:١٣٥

المعاطاه

اشاره

قال الشيخ:

إعلم أنّ المعاطاه – على ما فسّره جماعه – أنْ يعطى كلٌّ من اثنين عوضاً عمّا يأخذه من الآخر.

أقول:

تعريف المعاطاه

أى: إنّ المعطى يعطى الشىء عوضاً عمّا سيأخذه من الآخذ الذى يعطى عوضاً عمّا أخذه، فالبايع يأخذ بعدُ والمشترى يأخذ بالفعل.

وهذا الذى ذكره عباره عن المعاوضه لا البيع بالتعاطى والمعاطاه البيعيّه التى تسدّ مسدّ البيع بالصّيغه وتحلّ محلّه، فكأنّه بصدد بيان المعنى اللّغوى للمعاطاه، إذ يتحقّق بإيجابين وقبولين، لأنّ كلّاً منهما يوجب بإعطائه ويقبل بأخذه، أمّا فى البيع المعاطاتى، فإنّ الإعطاء هو الإيجاب والأخذ هو القبول، فالمقوّم له نفس الإعطاء للغير وأخذ الغير للشىء، سواء دفع العوض بالفعل أو لم يدفع، فلا مدخليّه فى حقيقته لإعطاء المشترى، ولذا يتحقّق نسيئةً، حيث يعطى أحدهما بعوضٍ يكون فى ذمّه الآخر إلى أجلٍ معيّن، وذاك يقبله بالأخذ، ويكون دفعه للعوض وفاءً لمّا تعهّده.

فإنْ قلت: وفى النسيئه أيضاً، يكون الإعطاء مقوّماً وإنْ كان بعد حين.

قلت: إذاً يلزم فى النسيئه أنْ لا يكون الآخذ للشىء مالكاً له حين الأخذ، بل يملكه إذا حلّ الأجل ودفع العوض، فلو تعذّر عليه دفعه عند حلوله لزم

القول بعدم حصول الملكيّه له فيما أخذه نسيئةً، مع أنّ الأمر ليس كذلك، فإنه يملك الشیء من حين أخذه.

فالصّحيح أنْ يقال بأن: المعاطاه أنْ يعطی أحدهما قاصداً التمليك بعوضٍ ويأخذه الآخر.

فإن كان رحمه اللّه فی مقام تعريف البيع بالتعاطی، توجّه عليه الإشكال بعدم انطباق ما أفاده عليه، فلابدّ من القول بأنه بصدد بيان المفهوم اللّغوی، لا سيّما بالنظر إلی قوله بعد ذلك: وهو يتصوّر علی وجهين، أحدهما: أنْ يقصد الإباحه، لأنّ قصد الإباحه أجنبی عن البيع.

لكنْ يبقی عليه ما تقدّم من أنّ هيئه المفاعله غير موضوعه لغةً لصدور الفعل من الاثنين، وأنّ مدلولها صدور المبدء من الشخص متوجّهاً إلی الغير أعمّ من أنْ يصدر من الآخر كذلك أوْ لا يصدر، كما فی خاطب زيد عمراً، ووارى الميّت وخادع بكراً... وهكذا(1).

أقسام المعاطاه

قوله:

وهو يتصوّر على وجهين، أحدهما: أنْ يبيح كلّ منهما للآخر التصرّف فيما يعطيه من دون نظيرٍ إلى تمليكه.

أقول:

فى هذا المعنى إعطاءان وإباحتان فى التصرّف، وليس فى البين تمليك، وهل هى إباحه مطلقه أو فى جهةٍ خاصّه؟ ظاهره الأوّل، فيعمّ الانتفاع والإتلاف والتصرّفات المتوقّفه على الملك، فيقع الإشكال بأنه: مع قصد الإباحه كيف يعقل جواز سائر التصرّفات المتوقفه على الملك، كالبيع والوقف ونحوهما؟

اللّهم إلّاأن يقال: بأن هذه الإباحه فعليّه، ولمّا كانت مطلقةً وشامله لجميع أنحاء التصرّف، كان للإباحه هذه دلاله التزاميّه على كونه وكيلاً من قبله فى تمليك الشيء لنفسه، حينما يريد أنْ يتصرّف فيه التصرّف الموقوف على الملك(١).

قوله:

الثانی: أنْ یتعاطیا علی وجه التملیک.

أقول:

ظـاهره أن التعاطی علی هـذا الوجه هو الـذی یحقّق المعاطاه البیعیّه، فیرد علیه: ما تقـدّم من أنّ المعاطاه البیعیّه لیس «أن یتعاطیا»، بـل إعطـاء وأخـذ وإلّا یلزم أن یکون هنـاک تملیکـان وقبولا ـن. وبـالجمله: المعاطـاه إعطاء علی وجه التملیک وأخـذ علی وجه التملّک، وما ذکره غیر منطبق علیها أصلاً.

قوله:

وربما یـذکر وجهان آخران، أحدهما: أن یقع النقل من غیر قصد البیع ولا تصـریح بالإباحه المزبوره، بل یعطی شـیئاً لیناول شـیئاً فدفعه الآخر إلیه. الثانی:

أنْ یقصد الملک المطلق دون خصوص البیع.

أقول:

الوجهان ذکرهما صاحب الجواهر رحمه اللّه بعد الوجهین السّابقین،

ص:۱۴۰

فالوجوه عنده أربعه، قال فی الجواهر: «ثالثها: أنْ یقع الفعل من المتعاطیین من غیر قصد البیع ولا تصریح بالإباحه المزبوره، بل یعطی البقّال - مثلاً - شیئاً لیتناول عوضه فیدفعه إلیه... .

رابعها: أنْ یقصد الملک المطلق...» (۱).

فأشکل الشیخ علی الأوّل:

قوله:

ویردّ الأوّل: بامتناع خلوّ الدافع عن قصد عنوانٍ من عناوین البیع أو الإباحه أو العاریه أو الودیعه أو القرض أو غیر ذلک من العناوین الخاصّه.

أقول:

تقریب الإشکال هو: إنّ هذا الإعطاء فعل تکوینی خارجی، والفعل لا یعقل أن یکون بلا داع، لأن الدّاعی من مبادی الإراده، فإمّا هو انتفاع الطرف المقابل بالعین وکونها عاریهً عنده، وإمّا هو کونها عنده أمانهً، وإمّا هو التملیک مع الضمان فیکون قرضاً، أوْ لا یکون تملیکٌ بل ترخیص فی التصرّف فیکون إباحهً. فلابدّ من أحد هذه العناوین، ولا یعقل تحقّق الفعل منسلخاً منها. أمّا سائر العناوین، فلا مجال لاحتمال شیء منها، وأمّا التملیک والإباحه، فقد ذکر أنْ لا قصد بالنسبه إلیهما.

وعلی الجمله، الإعطاء الخارجی فعل اختیاری، وهو مسبوق بالإراده، وهی لا تکون بلا داع یکون هو الغرض من الفعل والعلّه الغائیه، وهو لا یخلو من عنوانٍ من العناوین.

والظاهر: أنّ هذا مراد الشیخ، لا ما ذکره السیّد - رحمه اللّه - من أنّ

۱- ۱) جواهر الکلام ۲۲ / ۲۲۶ - ۲۲۷.

الجنس بلا فصلٍ لا يتحقّق(۱).

إلّا أنه مع الدقّه والتأمّل فى كلام صاحب الجواهر يظهر عدم ورود الإشكال عليه، إنه يقول: «أنْ يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصـريح بالإباحه... ولعلّ القائل باشتراط الصيغه فى البيع يشرّعه أيضاً على جهه الإباحه التى هى الأصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها

ص:۱۴۲

محتاج إلى قصدٍ آخر بخلافها، فإنه يكفی فیها قصد هذا التسلیط المطلق» (۱).

وتوضیحه: إنّ الإعطاء الخارجی عباره عن إیجاد السّلطنه خارجاً، فهو برفعه الید عن متاعه وإدخاله إیّاه تحت ید الطرف الآخر، یسلّطه سلطنهً تکوینیّهً خارجیّه علیه، وهذا العمل الخارجی یصلح لأنْ یتعنون بشیء من العناوین، من البیع والهبه والعاریه وغیرها، لکنّه لمّا یفعل ذلک لا یقصد شیئاً منها بل یرید جعل الشیء تحت تصرّف الآخر، ومثل هذا الفعل لا یکون عند الشرع والعقل إلّاالاباحه.

وعلی هذا، فلا مجال لإشکال الشیخ علیه، لا بتقریب السیّد، لأنّ الفعل الخارجی أمر تکوینی، ولیس للأمر التکوینی جنس ولا فصل، ولا بتقریبنا، لأنه لو کان المقصود حصول عنوانٍ معیّن من العناوین لتوجّه علیه ذلک، لکنّ المقصود نفس الفعل الخارجی، أعنی رفع الید عن الشیء وجعله تحت تصرّف المعطی وسلطنته، لیکون مقدّمهً إعدادیّهً لفعل الطرف الآخر مثل هذا الفعل فی حقّه(۱).

۱- ۱) جواهر الکلام ۲۲ / ۲۲۶ - ۲۲۷.

وأشكل الشيخ على ثانى وجهى صاحب الجواهر:

قوله:

والثانى بما تقدّم فى تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادله هو مفهوم البيع لا غير.

أقول:

إشكاله على هذا الوجه - وإنْ لم يمنعه كما منع الأول - غير وارد كذلك، إذ ليس فى كلام صاحب الجواهر كلمه «العوض». فإن كان مراده أن يقصد كلّ منهما الملكيه المطلقه من غير تقييد بخصوصيّه الملكيّه الجامعه بين البيع وغيره من المملّكات، لم يتوجّه عليه إلّاما ذكره السيّد فى الوجه السّابق من عدم معقوليّه قصد الجنس بلا فصل، وحينئذٍ، يجاب عنه بما أفاده السيّد من الفرق بين الإنشاءات والتكوينيّات، ففى الإيجاد الإنشائى يمكن قصد الجنس بلا فصل، نظير قولهم باستعمال صيغه الأمر فى جامع الطلب من دون خصوصيّه الوجوب والندب.

وعلى هذا، يتحقق الفرق بين هذا الوجه والوجه الثانى من وجهى الشيخ قدّس سرّه(۱).

وهذا تمام الكلام فى تعريف المعاطاه وأقسامه.

حکم البیع المعاطاتی

اشاره

قوله:

ثم إنّ المعروف بین علمائنا فی حکمها، أنها مفیدةٌ لإباحه التصرّف، ویحصل الملک بتلف إحدی العینین. وعن المفید وبعض العامّه، القول بکونها لازمه کالبیع.

وعن العلّامه رحمه اللّه فی النهایه احتمال کونها بیعاً فاسداً فی عدم إفادتها لإباحه التصرّف ولابّد أوّلاً من ملاحظه أنّ النزاع فی المعاطاه المقصود بها الإباحه أو فی المقصود بها التملیک؟ الظاهر من الخاصّه والعامّه هو المعنی الثانی.

أقول:

ذکر الشیخ قدّس سرّه الأقوال فی حکم المعاطاه، واستظهر أنّ النزاع هو فی المعاطاه المقصود بها التملیک، وهذا من الوضوح بمکان، إذْ لا یعقل - مع فرضه فی المقصود بها الإباحه - القول بإفادتها للملکیه اللّازمه، والقول بأنها بیع فاسد. فمحلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التملیک، وحینئذٍ، یقع الإشکال فی أنه مع قصدهما التملیک، کیف ذهب المشهور إلی إفادتها الإباحه المالکیه؟

ص:۱۴۵

رأى المحقق الثانى فى تحرير محلّ النزاع

وقد اختلفت الكلمات فى توجيه فتوى المشهور:

قوله:

نزّل المحقّق الكركى الإباحه فى كلامهم على الملك الجائز المتزلزل، وأنّه يلزم بـذهاب إحدى العينين، وحقّق ذلك فى شـرحه على القواعد وتعليقه على الإرشاد بما لا مزيد عليه.

أقول:

هـذا الـذى ذكره جامع المقاصد (١) متين فى نفسه، فـإن الملكيّه المقصوده تقع لكنّهـا بنظر الشـارع غير لاـزمه مـادامت العينـان باقيتين، كما يقصـد المتبايعان الملكيه منجّزةً، والشارع لا يحكم بلزومها بل يقول: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا فلا خيار بعد الرّضا منهما» (٢).

ومحصّـل كلاـمه رحمه اللّه: إن المعاطاه فى كلمـات الفقهـاء هى المقصود بهـا البيع، ولولاـ ذلك لم يجوّزوا التصـرّف مع أنهم قـائلون بجوازه، وعليه، فهم يريـدون من «الإباحه» معنىً آخر غير المعنى المطابقى لهـذه الكلمه. هـذا من جهه. ومن جهةٍ أخرى: يقولون بأنها تفيد الملكيّه بمجرّد تلف إحدى العينين، مع أنّ التلف ليس من الأسـباب المملّكه، فمرادهم من الإباحه هى الملكيّه من أوّل الأـمر. ومن جهه ثـالثه: إلاباحه المقوله هنا فى جواز التصـرّف الـذى هو من آثار الملكيّه، ولو نفى الملكيّه انتفى لازمها، وهو الإباحه

١- ١) جامع المقاصد فى شرح القواعد ۴ / ۵٨ وانظر تعليقه الإرشاد: ٣٣٣.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨ / ۶، الباب ١ من أبواب الخيار، الرقم: ٣.

وجواز التصرّف.

وبهـذه الجهات الثلاثه يقول المحقق الثانی: إنّ المراد من الإباحه لیس بالمعنی المصـطلح بل هو الملكيّه المتزلزله، وهـذا التزلزل عنه فی الخیـارات، إذ هنـاك یفسـخ العقـد وهو هنا جواز الترادّ، وجوازه موقوف علی بقاء العینین، فإذا ذهب إحـداهما اسـتحال الترادّ، وسقط الجواز لعدم موضوعه وتستقرّ الملكيّه.

وقد عثرنا علی قائل بهذا قبله، وهو العلّامه فی التحریر حیث قال:

«الأقوی أن المعاطاه غیر لازمه، لكلٍّ منهما فسخ المعاوضه مادامت العین باقیه» (۱).

لكنّ نسبه هـذا القول إلی المشـهور بعیـده، إذ لا ـ وجه للتعبیر عن الملـك المتزلزل بالإبـاحه مع وضوح التقابـل بین مفهومیهمـا. وأیضاً: فإنّهم لم یعبّروا بالإباحه فی موارد الملكيّه المتزلزله، فلا یقولون بالإباحه فی مـدّه الخیار فی بیع الحیوان، وما لم یفترقا فی خیار المجلس، مع ثبوت الملكيّه المتزلزله هناك، وإذْ لا خصوصـیّه للمقام تقتضـی التعبیر فیه بالإباحه، وعدم تعبیرهم بذلك فی موارد الملكيّه المتزلزله، یظهر أنْ لیس مقصودهم من «الإباحه» الملكيّه المتزلزله(۱).

۱- ۱) تحریر الأحكام ۲ / ۲۷۵.

رأى صاحب الجواهر

قوله:

لكنّ بعض المعاصرين لمّا استبعد هـذا الوجه، التجأ إلى جعل محلّ النزاع هى المعاطاه المقصود بها مجرّد الإباحه، ورجّح بقاء الإبـاحه فى كلامهم على ظاهرهـا المقابل للملك، ونزّل مورد حكم قـدماء الأصـحاب بالإباحه على هـذا الوجه، وطعن على من جعـل محـلّ النزاع فى المعاطـاه بقصـد التمليـك قائلاً: إنّ القول بالإباحه الخاليه عن الملك مع قصـد الملك، ممّا لا ينسب إلى أصاغر الطلبه فضلاً عن أعاظم الأصحاب وكبرائهم.

أقول:

مراده من «بعض المعاصـرين» هو صـاحب الجواهر قـدّس سرّه، وهـذا الـذى ذكره عنه أبعـد ممّا قال المحقق الكركى، إذ كيف تكون المعاطـاه المقصود بهـا الإبـاحه هى محـلّ النزاع بين الفقهـاء، مع قول بعضـهم بإفادتهـا الملـك اللّازم، وقول آخر بأنّها بيع فاسد!

ص:۱۴۹

لكنّ المستفاد من كلام صاحب الجواهر - بل الظّاهر - غير هذا الذى نسب إليه الشيخ، بل فى الجواهر: إن القول بإفاده المعاطاه المقصود بها التمليك للإباحه لا ينسب إلى أصاغر الطلبه فضلاً عن أعاظم الأصحاب وكبرائهم، فهو ينسب إلى المشهور القول بفساد هذه المعامله، لاشتراطهم الإيجاب والقبول اللّفظيين، ثم يستدرك قائلاً: بأنّ كلماتهم - بل كلمات غيرهم أيضاً - لا تأبى عن إفاده الإباحه حينئذٍ، بأنْ تكون هذه المعاطاه مؤثّرةً فى إباحه كلٍّ منهما التصرّف للآخر فى ماله على جهه المعاوضه... وأين هذا من جعل محلّ النزاع بينهم المعاطاه المقصوده بها مجرّد الإباحه كما نسب إليه الشيخ؟(١)

ص:١٥٠

رأى الشيخ الأنصارى

قوله:

والإنصاف: إنّ ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الإباحه بالملك المتزلزل، بعيد فى الغايه عن مساق كلمات الأصحاب... إلّاأن جعل محلّ النزاع ما إذا قصد الإباحه دون التمليك أبعد منه، بل لا يكاد يوجد فى كلامهم أحدٍ منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى... .

والذى يقوى فى النفس: إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها، وأنهم يحكمون بالإباحه المجرّده عن الملك فى المعاطاه مع فرض قصد المتعاطيين التمليك، وأنّ الإباحه لم تحصل بإنشائها ابتداءً، بل إنما حصلت - كما اعترف به فى المسالك - من استلزام إعطاء كلٍّ منهما سلعته مسلّطاً عليها الإذن فى التصرف فيه بوجوه التصرّفات.

فلاـ يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدّم فى عبارته المتقدّمه، وحاصله: إن المقصود هو الملك، فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحه التصرّف... .

أقول:

منشأ هذا الإشكال - بعد أنْ كان محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التمليك - هو منافاه قول المشهور بالإباحه لقاعدتى: «العقود تابعه للقصود» و«عدم جواز وقوع ما لم يقصد وقصد ما لم يقع»، لأنّ العقد معاهده وتقرير أمرٍ بين الطّرفين، فإذا لم يتبع العقد القصد لزم الخلف، فقاعده تبعيّه العقود للقصود أمر بيّن، لأنّ الإنسان إنّما يعاهد على ما هو المقصود له، وكذا المعنى فى القاعده الأخرى، إذ ليس المراد من «وقع» هو الأمر الواقع منسوباً إلى المتعامل، بل المراد أن يقع منه ما يقصده، والإنسان لا يقع منه ما لم يقصده،

لكون الإيقاع تابعاً للقصد، فيمتنع أنْ يقع منه أمر غير مقصودٍ له، فإذا كان غير مقصود فهو غير واقع منه.

هـذا هو منشأ الإشكال، وهو لاـ يرتفع لاـ بمـا ذكره المحقق الكركى، لأنّه بعيـد عن ظواهر كلماتهم، ولا بما ينسب إلى صاحب الجواهر، ولا بما ذهب إليه المحقق الخراسانى.

رأى المحقق الخراسانى

فـإنه ذكر - بلحاظ القاعـدتين المـذكورتين - أنّ محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها الملكيّه، لكنّ الشارع لا يقول بأن الملكيّه غير حاصـله ليلزم تخلّف مـا وقع عمّـا قصـد، وإنّمـا يقـول بحصولهـا بشـرط التصـرّف، نظير حكمه فى بيع السّـلم، حيث يقصـد المتعاملان حصول الملكيّه فى آن العقـد، إلّاأن الشارع لا يعتبر ملكيّه الكلّى المبيع إلّابعد قبض الثمن، وفى بيع الصـرّف يقصدان حصول الملكيّه فى الحـال، إلّاأن الشـارع لا يعتبرها إلّابعـد قبض الثمن والمثمن، وفى المقام: لا يُنفى اعتبار الشارع للملكيّه حتى يلزم الخلف، بل يقال بكون اعتباره مشروطاً بالتصرّف، وما لم يتصرف فالإباحه الضمنيه ثابته.

هذا كلام المحقق الخراسانى قدّس سرّه(١)، والفرق بينه وبين كلاـم المحقق الكركى فى حصول الملكيّه فى حين المعاطاه لكن متزلزلةً، وفى حصولها بشرط تحقق شرطها وهو التصرّف. وفيه:

أوّلاً: إنّ الفقهاء القائلين بالإباحه لا يريـدون الإباحه الضـمنيّه، لأنّ هـذه الإباحه هى الرضا بالتصـرّف فى ضـمن الملكيه الحاصـله بالنسبه إلى مال المعطى له لا مال المعطى نفسه، والرّضا بالتصرّف فى مال المعطى له لا أثر له فى حصول الإباحه.

وثانياً: إنّ هذا الذى ذكره لم يقل به أحد.

وثالثاً: -وهو الأهمّ - إنه لا دليل عليه.

التحقيق فى المقام

لكنّ الذى أوقعهم فى هذا الإشـكال وكثر فيه القيل والقال، هو: جعل «الإباحه» فى كلام المشـهور إباحةً مالكيّةً، فإنّها التى تنافى القاعدتين... فإذا جعلناها شرعيّه ارتفع الإشكال... وبيان ذلك:

إن الملكيّه أمر اعتبـارى، والإعتبـار زمـامه بيـد من له الإعتبـار، والأمر الاعتبارى ليس له وجود خارجى، وإنما قيامه بنفس المعتبر الـذى له أهليّه ذلـك. ثم الملكيّه إمّـا عقلائـيّه وهى اعتبـار عقلائـى، وإمّـا شـرعيّه وهى اعتبار شـرعى، وهما ربما يتطابقان وربما يتخالفان.

والبيع المفيد للملكيّه الشرعيّه اشترط فيه شروط منها الإيجاب والقبول اللّفظيّان، ولذا جاء عنوان «المعاطاه» فى الكتب الفقهيّه بعد الفراغ عن أحكام العقد اللّفظى، بلحاظ أنها فاقده للصّيغه، فيقولون هل تفيد الإباحه أو الملكيّه؟

والمشـهور - لاشتراطهم الصّـيغه اللفظّيه - يقولون بأنّ الملكيّه الشـرعيّه لا تحصل بالمعاطاه، أى إن الاعتبار الشرعى الموجود فى البيع بالصّيغه، غير موجود فى المعاطاه، كما هو غير موجود فى الصّيغه الفاقده لبعض

الشرائط المعتبره.

فهم يقولون فى المعاطاه المتداوله بين الناس التى تقع بينهم بقصد التمليک بأنّ هذا الفعل لا يفيد الملكيه الشرعيه عند الشارع - لاشتراطه الإيجاب والقبول اللّفظيين فى البيع - فليس له هنا اعتبار على طبق الاعتبار العقلائى، لكن له اعتبار الإباحه فى التصرّف، فهنا إباحه شرعيّه لا مالكيّه حتى يقال: بأنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، فيضطّر إلى حمل كلامهم على ما لا وجه لحمله عليه.

والدّليل على هذه الإباحه الشرعيّه هو: أنّه فى البيع الفاسد - كالبيع الغررى مثلاً - يقولون بعدم حصول الملكيه وبعدم جواز التصرف فى العوضين، والوجه فى الحكم بعدم جواز التصرف فيهما هو أنّ التسليم والتسلّم الحاصلين بعد العقد إنّما حصلا من باب ترتيب الأثر عليه، فالبائع يسلّم المبيع إلى المشترى لكونه - أى المشترى - مالكاً له، فإذا تبيّن فساد العقد عند الشارع، ظهر أنّ المبيع لم يكن ملكاً للغير، فلا موضوع لهذا التسليم وجواز تصرّف المشترى فيه.

أمّا فى المعاطاه، فالمال ملک للمعطى، يعطيه للغير بطيب نفسه وبقصد التمليک، فإذا تبيّن فساد المعامله - لكونها فاقدةً للصّيغه - وعلم أن الشارع لا يرتّب على هذا الإعطاء أثر البيع، لم يكن مانع من الترخيص الشرعى فى التصرّف فيه، لأنّ المفروض كونه مسلِّطاً للغير على ملک نفسه بطيب نفسه، وأنّ هذا المعنى باقٍ بعد حكم الشارع بعدم الملكيّه، فيحكم الشارع بالإباحه، لتحقق موضوع حكمه وهو الرّضا من المالک بتصرف الغير فى ملكه.

فإنْ قلت: فِلِمَ لا تأتى هذه الإباحه الشرعيّه فى البيع الفاسد.

قلت: قد ذكرنا أنه فى البيع الفاسد إنما يعطى المال للمشترى بعنوان

كونه ملكاً للمشترى، فإذا أبطل الشارع البيع لم يبق موضوع للإعطاء ثم تصرّف المشترى، بخلاف الحال فى المعاطاه، فإنه يعطى ملكه للطرف الآخر بقصد التمليک، فإذا لم يرتّب الشارع آثار التمليک على هذا الإعطاء، لم يكن مانع من أنْ يبيح للآخر التصرف فيه، لأنّ المفروض رضا المالك بهذا التصرف. فما قصد لم يقع لعدم شرعيته، وما وقع وهو الإباحه الشرعيّه لم يقصد، لكن قصد - بإعطائه ماله الغير - إدخاله فى حيّز تصرّف الغير وجعله تحت يده، فيجوز له التصرّف بحكم الشارع.

وعلى الجمله: نقول: مراد المشهور من «الإباحه» فى المعاطاه المتداوله المقصود بها التمليک هى الإباحه الشّرعيّه، بمعنى أن شرط حصول الملكيّه شرعاً فى البيع كونه بالصّيغه اللّفظيّه، فإذا فقدت لم يعتبر الشّارع الملكيّه، لكن يتعبّدنا بالإباحه، لأن من يدخل ماله تحت يد الغير بطيب نفسه بقصد الملكيّه، قد رفع يده عن ملكه، وإذا حكم الشارع بعدم حصول الملک حكم بالإباحه، لأن المال يحلّ للغير بطيب نفس مالكه.

ولا يرد عليه النقض بعدم جواز التصرف فى البيع الفاسد.

لأنّ الرّضا المقوّم للبيع لم يمضَ شرعاً، ولا رضا آخر غيره، فلا يجوز التصرف.

ولا يقال: فقد سلّم ماله للطرف الآخر.

لأنه إنّما سلّمه إيّاه بعنوان كونه مالكاً للغير، وفى المعاطاه يسلّمه حالكونه ملكاً لنفسه بطيب نفسه، وطيب النفس هو الملاک لجواز التصرّف شرعاً.

فهذا هو التحقيق فى بيان مذهب المشهور، ويمكن استفادته من كلامٍ للشيخ فى المبسوط - وإنْ حمله الأعاظم على معنىً آخر - وهذه عبارته بعد

بيان اشتراط الإيجاب والقبول:

«وكلّ ما جرى بين الناس إنما هى استباحات وتراض، دون أنْ يكون ذلك بيعاً منعقداً، مثل أن يعطى درهماً للخبّاز فيعطيه خبزاً أو قطعةً للبقليّ فيناوله البقل، وما أشبه ذلك. ولو أنّ كلّاً منهما يرجع فيما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقد صحيحٍ هو بيع» (۱) واللّه العالم.

وعلى الجمله، فإن محلّ النزاع هو المعاطاه المقصود بها التمليك، وأنّ المراد من الإباحه هى الإباحه الشرعيّه.

وبما ذكرنا ظهر النظر فى كلمات الأعلام.

قوله:

لكنّ الإنصاف: أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم، فإنّ هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكيّه ولم يساعد عليها دليل معتبر، واقتضى الدليل صحّه التصرّفات المذكوره...

أقول:

يعنى: إن التزام الفقهاء بالملكيّه آناًمّا فى التصرفات المتوقفه على الملك فى المأخوذ بالمعاطاه، أهون من حمل كلماتهم على الملكيّه المتزلزله، فله أن يبيع ما يأخذه بالمعاطاه مع أنه لا بيع إلّافى ملك، وأنْ يوقفه مع أنه لا وقف إلّافى ملك، وأن يطأ الجاريه مع أن الوطىء لا يكون إلّافى ملك، وهكذا. وبالجمله، فإنه مع الشك فى سببيّه المعاطاه للتصرّفات، فإن الأصل هو العدم، لكنّ الدليل من الإجماع والسّيره يقتضى جوازها، فيلتزم بحصول الملكيّه فى آن التصرّف الملكى.

ص:۱۵۶

۱- ۱) المبسوط فى فقه الإماميّه ۲ / ۸۷ .

لكنْ، إذا قام الدّليل على جواز التصرف مطلقاً، فإنّه سيكون رافعاً للشك ويقتضى القول بالملكيه من أوّل الأمر، على أنّ الالتزام بالملكيّه فى آن التصرّف وإنْ أمكن فى مثل وطىء الجاريه، لأنّ المحرَّم هو الوطى فى غير الملك ولا يشترط تقدُّم الملكيّه على الوطىء، إلّاأنّه فى مثل البيع غير صحيح، لأن البيع تمليك الغير، فآن البيع آن ملكيّه الغير - لأنّ التمليك والملكيّه واحد فى الحقيقه - فإذا كان مالكاً للشىء فى هذا الآن لزم اجتماع الضدّين، وكذا فى الوقف، لأن حقيقته الإخراج من الملك، فإذا قلنا بالملكيّه فى آن الوقف لزم اجتماع الضدّين كذلك، فالصحيح هو القول بالملكيّه من أوّل الأمر بمقتضى الدليل.

نعم، يمكن تصوير الملكيّه آنآمّيا بأنْ يجعل آن الإيجاب غير آن القبول، فيكون الشىء فى آن الإيجاب ملكاً للبائع وفى آن القبول ملكاً للمشترى، وكذا فى الوقف... إلّاأنه لا حاجه إلى هذا التكلّف بل التعسّف مع وجود الدليل.

هل المعاطاه على القول بالإباحه بيع؟

قوله:

ثم إنّ المعروف بين المتأخّرين: إن من قال بالإباحه المجرّده فى المعاطاه قال بأنها ليست بيعاً حقيقةً، كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدّمه ومعقد إجماع الغنيه.

وما أبعد ما بينه وبين توجيه المحقق الثانى من إراده نفى اللّزوم. وكلاهما خلاف الظاهر. ويدفع الثانى تصريح بعضهم بأنّ شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار... وأمّا الأوّل... .

ص:١٥٧

أقول:

كان الأولى أن يدفع الأوّل: بأن الملكيه ليس لها واقعيّه، وإنما هى أمر اعتبارى، وكلّ أمر اعتبارى فقوامه بنفس المعتبر ولا وجود له إلّافى عالم الاعتبار، وإذا كان البيع موضوعاً فى الأمر الاعتبارى كانت المعاطاه المفيده لهذا الأمر الاعتبارى بيعاً كذلك، غير أن الشّارع إذا اعتبر العقد اللّفظى، كانت النتيجه أنه بيع فاسد لا أنه ليس ببيع.

وأمّا دفعه توجيه المحقق الثانى بما ذكره، فعجيب، لأنه يقول فى التنبيه السادس - كما سيأتى - بأنّ عنوان جواز الترادّ الثابت فى المعاطاه غير عنوان الفسخ الثابت فى سائر الموارد، بل هو نظير الرجوع فى الهبه. وعليه، فالبيع المعاطاتى هنا متحقّق، لكن الترادّ جائز.

وأيضاً، فإن صريح المحقق الثانى أنه يجوز التراد فى المعاطاه مادام ممكناً، فإذا تلفت إحدى العينين امتنع الترادّ ويكون لازماً. فمراده من اللّزوم جواز التراد ومن عدم اللزوم عدم جوازه.

فما ذكره غير دافع لكلام المحقق الثانى، لأن الذى فيه هو التراد لا الفسخ، والشيخ نفسه قال بذلك فى التنبيه السادس، فالتراد جائز مع عدم الخيار.

ص:١٥٨

الأقوال فی المعاطاه

اشاره

إذا عرفت ما ذكرنا، فالأقوال فی المعاطاه على ما یساعده ظواهر كلماتهم ستّه:

اللّزوم مطلقاً... واللّزوم بشرط كون الدالّ على التراضی أو المعامله لفظاً...

والملك غیر اللّازم... وعدم الملك مع إباحه جمیع التصرّفات حتّى المتوقفه على الملك... وإباحه ما لا یتوقّف على الملك... والقول بعدم إباحه التصرّف مطلقاً.

أقول:

قد اختار القول الأوّل من المتأخّرین: الفیض الكاشانی والمحقّق الأردبیلی فی مجمع الفائده، وقد ذكر شیخنا الجدّ قدّس سرّه قولهما بالتفصیل، وأجاد فیما أفاد (۱).

وتأمّله بالنسبه إلى القول الثانی فی محلّه، لأنّ اشتراط ذلك عباره اخرى عن عدم سببیّه المعاطاه للملكیّه.

والقول السادس هو أنّ المعاطاه لغو، وكأنّ القائل به یرید أنها وإنْ كانت بیعاً عند العرف وتفید الملكیّه فی اعتبارهم، لكنّها فی اعتبار الشارع لا تفید الملكیه ولا الإباحه، فلا یترتب علیها أیّ أثر بل هی بیع فاسد، وهذا على القول بأنّ الملكیّه أمر اعتباری واضح، لأنَّ جواز التّصرّف الذی یكون التملیك مقوّماً له قد زال بعدم إمضاء التملیك، ولا وجه غیره لجواز التصرف، وأمّا على مسلك الشیخ - من أنه لیس للشارع اعتبار فی مقابل اعتبار العقلاء، بل الملكیّه حقیقه واحده ونظر الشارع والعرف طریق إلیها، ففی كلّ موردٍ وقع الخلاف بینهما، فإنه یخطّأ العرف والعقلاء - فلا مانع من

۱- ۱) غایه الآمال فی شرح المكاسب ۱ / ۱۷۸.

أن تكون المعاطاه – لا سيّما فی حالكون الطرفين عالمين بعدم المؤثريّه شرعاً – مفيدةً للإباحه المالكيّه(١).

المختار: حصول الملک

قوله:

وذهب جماعه – تبعاً للمحقق الثانی – إلی حصول الملک، ولا يخلو عن قوّه.

للسّيره المستمرّه علی معامله المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک فی التصرّف فيه... .

الاستدلال بالسيره

اشاره

أقول:

والاستدلال بالسّيره للقول بحصول الملک بالمعاطاه والتصرّف فی المأخوذ بها بالعتق والبيع والوطیء وغير ذلک من آثار الملک، يكون علی نحوين:

سيره المتشرّعه بما هم متشرّعه، فإن المرتكز فی أذهانهم وعملهم علی طبقه، يكشف عن تلقّيهم ذلک من الشارع، نظير الإجماع الكاشف عن رأی المعصوم، فإنْ حصلنا فی المسأله علی مثل هذه السّيره من أهل الشرع، الملتزمين به فی أفعالهم وتروكهم، كانت كاشفةً، ولا مجال لاحتمال كونها

ص:١٦٠

ناشئه عن المسامحه وقلّه المبالاه فی الدین(۱).

إلّا أن الکلام فی المقام فی الصغری(۲).

وسیره العقلاء، ولا ریب فی قیامها فی ما نحن فیه، فإنّ بناءهم قبل الشرع وإلی الآن، علی المعامله مع المأخوذ بالمعاطاه معامله الملک، ولو لم تکن هذه السّیره مرضیّهً عند الشارع لردع عنها، لأن عدم الرّدع یکشف عن الرّضا بها ومطابقتها لغرضه، وإلّا یلزم نقض الغرض، نظیر ما تقرّر فی حجیّه الظواهر.

وعلی الجمله، فإن العقلاء یتصرّفون التصرفات المتوقفه علی الملک فی المأخوذ بالمعاطاه المقصود بها التملیک، مضموناً بالثمن المسمّی - لا بالمثل والقیمه - ولیس ذلک إلّامن جهه کونها بیعاً صحیحاً مملّکاً، والشارع کان یری هذه السیره ولم یردع عنها، فهی بیع مملّک. هذا.

ولا یتوهّم: أن ما دلّ علی أنْ لا بیع أو وقف أو وطی إلّافی ملک، رادع عن هذه السّیره.

لأنّ تلک الأدلّه متأخره فی الرتبه، لأنها دلّت علی المنع من تلک التصرّفات إلّافی الملک، والسّیره أفادت بأن هذا ملک، فلیسا فی مرتبه واحده حتّی تتحقّق الرادعیّه.

نعم، لو قام الدلیل علی عدم جواز التصرفات الملکیّه فی المأخوذ بالمعاطاه، کأنْ یدلّ علی أنْ المأخوذ بها لا یباع، أو قام علی اعتبار الإیجاب والقبول اللّفظین فی حصول الملک، بأنْ یدلّ علی أنْ لا بیع إلّا بالإیجاب والقبول، لکان رادعاً عن السیره، لکنّ المفروض عدم وجود دلیل کذلک.

وهل یصلح دلیل الاستصحاب بعمومه للرادعیّه عن السّیره المذکوره، إذ مع الشک فی إفاده المعاطاه للملکیّه عند الشارع، نستصحب عدمها ویکون رادعاً عنها وتسقط بذلک عن الکاشفیّه؟

وکذلک الکلام فی مبحث خبر الواحد، لأنّ من أدلّه حجیّته سیره العقلاء، وحجیّتها منوطه بعدم الردع، وقوله تعالی: «إِنَّ الظَّنَّ لا یُغْنِی مِنَ الْحَقِّ شَیْئاً» رادع، فتسقط السیره عن الدلیلیّه.

وهکذا فی مبحث الإستصحاب، حیث یستدلّ له بالسّیره العقلائیّه، فإنّه یمکن القول برادعیّه الأدلّه الناهیه عن اتّباع الظن عن الأخذ بالحاله السابقه.

والتّحقیق: عدم الرادعیّه فی الموارد المذکوره وتمامیّه الاستدلال بالسّیره، لما أفاد المحقق الخراسانی فی الجواب (۱) - وإنْ کان بین ما ذکره فی مسأله خبر الواحد ومسأله الاستصحاب، فرق - من أنّ جریان قوله علیه

۱- ۱) کفایه الاصول: ۳۰۳.

السلام: «لا تنقض اليقين بالشک» يتوقف على أنْ لا تكون السّيره العمليّه القائمه على مملكيّه المعاطاه ممضاةً شرعاً، وكونها غير ممضاه من الشارع يتوقف على جريان «لا تنقض»، وهذا دور، فالرادعيّه ممتنعه.

فإنْ قلت: كون السّيره ممضاةً موقوف على عدم الرادع، وعدمه موقوف على عدم جريان الإستصحاب، وعدم جريانه موقوف على وجود السّيره الممضاه، وهذا دور كذلک.

قلت: كون السّيره ممضاةً، غير موقوف على عدم جريان الاستصحاب، بل هو موقوف على عدم إحراز جريانه، لأن عدم إحراز الرادع كافٍ فى الإمضاء، لكنّ جريان الإستصحاب لا يكفى فيه عدم إحراز الموضوع وهو الشک، وإحرازه منوط بكون السيره ممضاه، فيلزم الدور هناک ولا يلزم هنا.

وهذا جواب علمى دقيق.

ولكنّ الأدق والأمتن منه هو: إنّ قوله عليه السّلام: «لا تنقض اليقين بالشک» من الظواهر، وحجيّه الظواهر ثابته بالسيره العقلائيّه، فلا مدرک لحجّيه دليل الإستصحاب إلّاالسّيره، بخلاف المقام، حيث يوجد الدليل غير السيّره أيضاً، وكذا فى باب حجّيه خبر الواحد. وإذا كانت السّيره القائمه على حجيّه الظواهر ممضاه، فالقائمه على المعاطاه ممضاه كذلک، إلّاأنّ هذه حاكمه على تلک(١).

ص:١٦٣

وتلخّص: تماميّه الاستدلال بالسيره العقلائيّه(1).

ص:۱۶۴

قوله:

ویـدلّ علیه أیضاً: عموم قوله تعالی: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» ... بل قد یقال: بأنّ الآیه دالّه عرفاً بالمطابقه علی صـحّه البیع لا مجرّد الحکم التکلیفی، لکنّه محلّ تأمّل... .

الاستدلال بقوله تعالی: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ»

أقول:

بعد أنْ ثبت أن المعاطاه بیع، وأنّ إنکار کونها بیعاً مکابره، فإنها تکون

صغری لکبری قوله تعالی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» ، و«الحلیّه» هـذه بمعنی الترخیص، وفی مقابلها الحرمه وهی المنع وعدم الرّخصه، وهی الحلیّه التکلیفیه، والبیع عباره عن: إنشاء تملیک عینٍ بمال، کما تقدَّم، فیکون معنی الآیه: أحلّ اللّه التصـرّفات المترتّبه علی البیع، فیعمّ المتوقفه علی الملک، وتدلُّ بالإلتزام علی أنّ البیع یوجب التملیک، لأن تحلیل التصـرّفات مستلزم لأن یکون بیعاً والمعاطاه بیع، فهی تفید التملیک من أوّل الأمر.

والحاصل: إنّه لمّا کانت الحلیّه تکلیفیّه وهی لا تتعلّق بالبیع، فلابـدّ من تقـدیر «التصـرف»، فـدلّت الآیه علی أنّ التملیک المالکی ووجود الملکیه مرخّص فیه شرعاً. هذا تقریب الاستدلال بناءً علی ما استظهره الشّیخ منها، وإنْ قال بالتالی:

فالأولی حینئذٍ التمسّک فی المطلب بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البیع صحّته شرعاً.

لکنْ لقائل أن یقول بعدم وفاء الاستدلال علی ما ذکر بالمدّعی، لأنّ غایه ما تدل علیه الآیه هو الترخیص فی البیع، فمن أین یثبت الإطلاـق فی الـبیع لیعمّ المعاطـاه، وهو متوقّف علی کون الآـیه فی مقـام بیـان الحکم الفعلی، وإذا کـانت فی مقـام التشـریع فهی مجمله، والقدر المتیقّن ما کان بالصّیغه؟

ویمکن الجواب: بـأنّ الظهور الأـوّلی للقضایـا المتعلّقه بالأحکـام فی الکتـاب والسـنّه، أنْ تکون لبیان الحکم الفعلی، إلّاإذا قامت القرینه علی کونها للحکم للتشریعی، وعلی هذا الظهور تتحکّم أصاله الإطلاق.

هذا أوّلاً.

وثانیاً: اسـتدلال الإمام علیه الصّـلاه والسّـلام - فیما رواه الصّدوق والشیخ - بالآیه المبارکه، یفید ظهورها فی الحکم الفعلی، فعن عمر بن یزید

بيّاع السّابرى قال:

«قلت لأبى عبد اللّه عليه السّلام: جعلت فداك، إن الناس زعموا أن الربح على المضطّر حرام.

فقال: هل رأيت أحداً اشترى - غنيّاً أو فقيراً - إلّامن ضروره؟

يا عمر، قد أحلّ اللّه البيع وحرّم الربا، فاربح ولا ترب.

فقلت: وما الرّبا؟

قال: دراهم بدراهم، مثلين بمثل، وحنطه بحنطه مثلين بمثل» (1).

أقول: لكنّ الأولى فى وجه الاستدلال أن يقال: إنّ الحليّه إمّا تكليفيّه بمعنى الرخصه والجواز، وإمّا وضعيّه بمعنى النفوذ وأن الشارع قد اعتبر أنّ البيع قد وقع فى محلّه. والمراد من البيع: إمّا هو المبدء الذى يسند إلى الفاعل فى باع يبيع، وإمّا التمليك الإنشائى، وبناءً على تعريف الشيخ: إنشاء تمليك عين بمالٍ.

فالوجوه أربعه.

فإنْ كانت الحليّه تكليفيّةً والمراد من البيع مبدء المشتقات، أى: البيع المسبّب والملكيّه الحاصله، كان المراد ترخيص المسبّب وجوازه، وإنْ كان بما هو مسبّب غير مقدور بنفسه بل هو مقدور بالواسطه، ومعنى هذا الترخيص هو الوقوع، وذلك يرادف الصحّه، إذ الفساد معناه عدم الوقوع، فلو كان مما لا يقع لم يكن معنى لتجويزه والترخيص فيه.

وإن كانت الحليّه تكليفيّه والمراد من البيع هو التمليك الإنشائى، فقد دلّ بالالتزام على مؤثّريه إنشاء التمليك فى الملكيّه، وإلّا لزم تجويز أمرٍ لغو.

1- 1) تهذيب الاحكام 7 / 18، الباب 1 من أبواب التجارات، الرقم 78 ونحوه فى وسائل الشيعه 18 / 133، الباب 6 من أبواب الربا، الرقم: 2.

وتلخّص: إنّ الآيه الكريمه تدلّ - بناءً على الحليّه التكليفيّه - على إفاده المعاطاه للملكيّه، إمّا مطابقةً كما فى الوجه الأول، وإمّا التزاماً كما فى الوجه الثانى.

وإنْ كانت الحليّه وضعيّه، والمراد من البيع هو المسبب، فالآيه تدلّ بالمطابقه على اعتبار الشارع الملكيّه فى المعاطاه بعد الفراغ عن كونها بيعاً.

وإن كانت الحليّه وضعيّه، والمراد من البيع هو السبب - أى التمليك الإنشائى فإنّ حليّه البيع وضعاً ليس إلّااعتبار المؤثّريه، وهى ليست إلّا الملكيّه.

فالآيه دالّه على المدّعى بالوجوه الأربعه كلّها.

وأمّا دعوى الإجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاه بيعاً - كابن زهره فى الغنيه - فقد أجاب الشيخ بما حاصله: إنهم لا ينفون أصل بيعيّه المعاطاه، فهى عندهم بيع لكنه ليس ببيع صحيح شرعى، إلّاأن لفظ البيع حقيقه فى الأعمّ من الصّحيح والفاسد، فمرادهم - لا محاله - هو المعامله اللّازمه التى هى احدى العقود، قال الشيخ: ولذا صرّح فى الغنيه بكون الإيجاب والقبول من شرائط صحه البيع. ودعوى: أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعاً، قد عرفت الحال فيها(١).

ص:١۶٨

الاستدلال بقوله تعالى: «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً...»

قوله:

ومما ذكر يظهر وجه التمسّك بقوله تعالى: «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» .

أقول:

الظاهر من «لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» أنها استعاره تخييليّه، فشبّه المال بالطعام وذكر لازم المشبّه به وهو الأكل، والمراد منه - ظاهراً - هو

الاتّخاذ للنفس، والباطل ما يقابل الحق، «إِلاّ أَنْ تَكَونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» إذ التجاره عن تراض حق، والاستثناء متصّل ولا محذور من جعله منقطعاً.

والتجاره - كما قال الراغب - «... طلباً للربح».

فالآيه المباركه دالّه بالمطابقه على مملكيّه المعاطاه، لكونها تجارةً بلا ريب، إذ التاجر يجعل رأس ماله فى مجرى الاسترباح، فكلّ معاطاه تجاره، والأكل التجارى مرخّص فيه، فالأكل المعاطاتى مرخّص فيه.

وإنْ كان «الأكل» بمعنى التصرّف، دلّت الآيه على جواز مطلق التصرّفات، وإذا كان منها التصرّفات المتوقفه على الملك، فهى دالّه بالالتزام على مملّكيّه المعاطاه(۱).

ص:۱۷۲

الاستدلال بحديث السّلطنه

اشاره

قوله:

وأمّا قوله صلّى اللّه علیه وآله وسلّم: النّاس مسلّطون علی أموالهم، فلا دلاله فیه علی المدّعی، لأنّ عمومه باعتبار أنواع السلطنه، فهو إنّما یجدی فیما إذا شک فی أن هذا النوع من السّلطنه ثابته للمالک وماضیه شرعاً فی حقّه أمْ لا؟... أمّا إذا...

شک فی أنّ هذا التملیک الخاص هل یحصل بمجرّد التعاطی مع القصد، أمْ لابدّ من القول الدالّ علیه، فلا... .

أقول:

وحاصل إشکاله: أن الحدیث مسوق بإطلاقه لتشریع أنواع السّلطنه لا لدفع شرطیّه شیء یشک فی دخله فی تأثیر نوع من أنواعها، فمع الشکّ فی

ص:۱۷۴

شرطیّه الإیجاب والقبول اللّفظیین فی ترتّب الأثر علی البیع، لا یجوز التمسّک به لرفع الشرط حتی تثبت سببیّه المعاطاه للتملیک.

وأشکل المحقق الخراسانی بوجهٍ آخر، فقال: وهذا فی الحقیقه ردّ للاستدلال بالحدیث لإفاده المعاطاه الملک، و ردّ علی الشیخ فی تجویزه التمسّک به لو شکّ فی مشروعیّه نوع من أنواع السّلطنه (۱).

وأشکل المحقق الرّشتی - علی ما نقل عنه مقرّره الفاضل الإشکوری - بأنّ مقتضی الجمود علی الظاهر هو التسلّط علی التصرّف فی موضوع المال، وإخراج المال عن الملکیّه والمالیّه الثابته للمالک لیس تصرّفاً فی المال (۲).

وحاصله: إنه مع التصرّف التملیکی وإیجاد الملکیّه للغیر علی ماله یکون الشیء ملکاً للغیر، ولا یعقل أن یکون باقیاً علی ملکه، فلا یشمل الحدیث هذا التصرّف، خلافاً للشّیخ.

ولبعض الأکابر إشکال آخر وهو: إن الملکیّه علّه للسّلطنه، فإذا کانت السّلطنه علّهً لزوال الملکیّه، لزم علیّه الشیء لعدم نفسه بالأخره، وهو محال (۳).

والتحقیق: صحّه التمسّک بالحدیث، وذلک: لأن التسلّط عباره عن التمکّن عن قهر - کما فی المفردات ومجمع البحرین - (۴)، فالسّلطنه هی القاهریّه، وکون الناس مسلَّطین علی أموالهم معناه: أن زمام أمور أموالهم

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۱۲.

۲- ۲) بغیه الطالب ۱ / ۵۶.

۳- ۳) حاشیه المکاسب للمحقق الإصفهانی ۱ / ۱۱۱.

۴- ۴) المفردات فی غریب القرآن: ۲۳۸، مجمع البحرین ۴ / ۲۵۵.

بأيديهم، ولا دخل لإراده أحدٍ فى ذلك، حتى لو كان للمسلَّط عليه إراده أيضاً، كانت إرادته مندكّه. هذا أوّلاً.

وثانياً: إن عنوان القاهريّه من الأمور الوضعيّه، والحديث فى مقام جعله، لأنّ الظاهر فى الخطابات الشرعيّه أن تكون تشريعيّه لا إخباريه، فالحديث مسوق لجعل هذا الأمر الوضعى.

وثالثاً: إنّ من آثار قاهريّته للمال أن يكون له نقله من وعاءٍ إلى وعاء آخر مع حفظ ماليّته، ولازم انتقال الشىء من محلٍّ إلى آخر عدمه فى المحلّ الأوّل، وحينئذٍ، فإن الأمر العدمى غير متأثر عن شىء وإنما هو لازم الأمر الوجودى، وهو الإنتقال إلى الغير، فلم يكن العدم معلولاً للسّلطنه.

ورابعاً: إنّ الإطلاق تارةً أفرادى، وأخرى أحوالى، فإذا قال: أكرم الإنسان، شمل بإطلاقه الإنسان بجميع أفراده وأصنافه من العربى والعجمى وغير ذلك، وبجميع أحواله من السفر والحضر والقيام والقعود وغير ذلك، لأنّ المفروض كون الموضوع طبيعى الإنسان، فإذا لم يشمل فرداً أو شمله ولم يشمل حالاً من أحواله، لزم الخلف.

وإذا عرفت هذه الأمور، ظهر لك معنى الحديث ودلالته على المدّعى، لأنه أفاد قاهريّه الناس لأموالهم، فلهم أن يملّكوها للغير، والمعاطاه تمليك كالبيع اللّفظى - غير أنه بالفعل - ومقتضى الإطلاق شمول الإمضاء الشرعى المدلول عليه بالحديث لكلا نحوى التمليك، ولا يعقل أن يكون مطلقاً بالنسبه إلى بعض الأنواع ولا يكون كذلك بالنسبه إلى أحوالها، كما لا يعقل تخصيصه بنوعٍ دون نوع أو حال دون آخر.

وعليه، فلا يعقل أنْ لا يكون الحديث نافياً لشرطيّه شىء مشكوك فى شرطيّته، نعم، ينفيه بالالتزام لا بالمطابقه، لأنّ التسلّط حكم وضعى مشروع

متوجّه إلى جميع أنحاء التمليك، فيشمل التمليك المعاطاتی، لكونه فی حيّز السّلطنه المجعوله للمالك، ولازم ذلك نفی شرطيّه كلّ شیء مشكوك فی شرطيّته، ولا يعقل عدم نفيه لذلك.

هذا بالنسبه إلی إشكال الشيخ.

وأمّا ما ذكره المحقق الخراسانی، فعجيب جدّاً، لأنّ المحجوريّه تكون تارةً للمالك، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، وأخرى: للملك كما لو كان وقفاً أو مرهوناً، ونفی الحجر يكون دائماً بنفی أسبابه وعلله، والحديث يثبت السلطنه، وأين هذا من الدلاله علی نفی أسباب المحجوريّه؟

وأمّا ما ذكره المحقق الرشتی، ففيه: إنّ موضوعيّه الإضافه التی ذكرها، إنما هی للتسلّط لا للتصرّف، وهذا هو معنی الحديث. وحينئذٍ، فعدم الموضوع فی آن التصرّف لا ينفی وجوده فی آن التسلّط، فالموضوع حيث تكون السّلطنه محفوظ، والتصرّف بنقل المال من مكانٍ إلی آخر من آثار السلطنه، وانعدام الإضافه فی آن التصرّف لا يضرّ بتحقق السّلطنه.

وأمّا الإشكال الأخير، فالجواب عنه هو: إنه لا ريب فی أن الموضوع ذا نسبه اقتضاء بالنسبه إلی الحكم، لأنه دخيل فی الملاك أو هو تمام الملاك له، فالسّلطنه المجعوله إنما جعلت لكون المال ملكاً. وأيضاً: السلطنه هی شرط تأثير الملكيه للغير، لكنّ ذلك لازم ارتفاع الملكيّه لا أن هذا الارتفاع مسبب عن السلطنه، إذ لا يعقل أنْ يكون الأمر العدمی مسبباً عن الأمر الوجودی، إنما العدم من لوازم الأمر الوجودی، فلا مانع من أن تكون الإضافه الملكيّه علّةً للسّلطنه المجعوله، وهی شرط لتأثير التمليك، لكن ملكيّه الغير الحاصله بالسّلطنه لازمه لا مسبّبه، فلم يكن عدم الشیء معلولاً للشیء، ونظير هذا كثير، مثلًا: مديونّيه الإنسان تقتضی وجوب أداء الدين،

ووجوب الأداء يقتضى الأداء، وبفعليّه الأداء تنتفى المديونيّه ولا محذور فى ذلک.

وبـالجمله، فـإنّ «أموالهم» موضوع للسّـلطنه، وشـرطيّه السّـلطنه لتـأثير تمليـک الغير بأنْ يكون لازمه انتفاء الإضافه الملكيّه لا مانع عنها(۱).

ص:۱۷۸

قوله:

وكيف كان، ففى الآيتين مع السّيره كفايه. اللّهمّ إلّاأن يقال: إنهما لا تدلّان على الملك، وإنمّا تدلّان على إباحه جميع التصرّفات حتى المتوقفه على الملك...

وأمّا ثبوت السيره واستمرارها على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئه عن المسامحه... فالأولى حينئذٍ التمسّك فى المطلب: بأنّ المتبادر عرفاً من حلّ البيع صحته شرعاً... .

أقول:

حاصله: عدم تماميّه دلاله الآيتين على الملكيّه من أوّل الأمر، وعدم تماميّه السّيره.

وقد ذكرنا أنّ الآيتين تدلّان على الأمر الوضعى، وهو مؤثّريه البيع

ص:۱۸۲

والتجاره.

فقـد قلنا فى آيه الحلّ: أنها تفيـد مؤثّريه البيع على كلّ تقدير، والمفروض أن المعاطاه بيع كما نصّ عليه الشـيخ وغيره، فهى دالّه على أن المعاطاه توجب الملكيّه من أوّل الأمر.

وقلنا فى آيه التجاره: إن الأكل المنهى عنه كنايه عن الأخذ للنفس، فلا يؤخذ المال للنفس إلّابالتجاره، فالتجاره مفيده للملكيّه.

وأمّا السّيره – والمراد منها السّيره العقلائيّه لا سيره المتشرعه – فلا ريب فى انتهائها إلى زمن المعصوم ولا ردع عن هذه السّيره.

فالاستدلال بالآيتين والسيره تام بلا إشكال.

كما أن الاستدلال بحديث السّلطنه تام، والإشكالات مندفعه.

ولو تنزّلنا عن ذلك كلّه وقلنا: بأن المعاطاه تفيد الإباحه، فلا ريب فى أنّ الإباحه حكم مترتب على التصرّفات، فكلّ تصرّف حتى المتوقف على الملك مباحٌ، ففى حين المعاطاه تجوز جميع التصرّفات وتباح للمالك، فإذا كانت الآيتان دالّتين على الإباحه، وقد أضيفت إلى كلّ واحدٍ من التصرّفات التى ستقع على المال، ومنها البيع والعتق وغير ذلك، فقد دلّتا على التمليك.

وكذا الكلام فى حديث السّلطنه والسيره العقلائيّه.

فالمعاطاه مملّكه.

قوله:

مع إمكان إثبات صحّه المعاطاه فى الهبه والإجاره ببعض إطلاقاتهما(١)، وتتميمه فى البيع بالإجماع المركّب.

ص:١٨٣

أقول:

هذا الاستدلال لا أثر له، لأنّ الإجماع المركّب فيه ما فيه(١).

الاستدلال بقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

هذا، ولم يستدل الشيخ هنا بآيه الوفاء بالعقود، مع استدلاله بها على لزوم المعاطاه.

والحق، صحّه الاستدلال بها هنا كذلك، إذ ليس المراد من «العقد» فيها خصوص الإيجاب والقبول، لأن العقد أعم، يقال: عقد القلب، وعقد زيد الإحرام... إنّ العقد كما هو المتفاهم لغةً وعرفاً ما يقال له فى الفارسيّه «پيوستگى» و«بستگى». وفى صحيحه عبد اللّه بن سنان فى الآيه: «أى العهود» (١)، وما يكون بين البائع والمشترى من هذا القبيل، إذ كلّ منهما يقرّر

١- ١) تفسير الصّافى ٢ / ۵.

أنْ يكون ماله للآخر، وفى مقابله هو الإيقاع، فإنه الإيجاد.

ثمّ إنّ هـذا العهـد والإلتزام المعبّر عنه بالعقد، ينكشف باللّفظ تارةً وبالفعل أخرى، فكلّ منهما يكشف عن المراد. فالمعاطاه عقد يكشف عن الإرتبـاط بين البـائع والمشترى، والوفـاء بالعقـد أو العهـد أو النـذر أو اليمين أو الوعـد، معناه: ترتيب المقتضـى على مقتضـيه، ويقـابله الخلف. وعليه، فالوفـاء بالعقـد – أى الارتبـاط بين البـائع والمشـترى فى التمليـك والتملّـك – هو ترتيب الأـثر والمقتضى على المواضعه الواقعه بينهما على ما حصل.

فتـدلّ الآيه المباركه على وجوب ترتيب الأثر على التمليك، سواء كان بالإيجاب والقبول أو المعاطاه، ووجوب الوفاء هذا – وإنْ كـان تكليفيّاً مولويّاً لا وضـعيّاً – إلّاأنه يـدلّ بالـدلاله الالتزاميّه على إمضاء الشارع هـذا المعنى الوضـعى الحاصل بينهما وتحقّقه عنده، وإلّا لم يعقل الحكم بالوفاء به.

فالاستدلال بهذه الآيه أيضاً على إفاده المعاطاه للملكيّه، تام بلا إشكال(١).

ص:١٨٦

أدلّه القول باعتبار الصّيغه

وذكر السيّد رحمه اللّه (١) وجوه الاستدلال للقول بعدم إفاده المعاطاه للملكيه وأنه يعتبر الصّيغه:

أحدها: الإجماع.

وفيه: إنه غير ثابت، وهو منقول، ومعلوم المدرك.

الثانى: بعض الأخبار المشتمله على ذكر الصّيغه المدّعى دلالته على اشتراطها مثل:

قوله عليه الصّلاه والسّلام: «لا تشتر كتاب اللّه عزّوجلّ، ولكنْ اشتر الحديد والورق أو الدفّتين وقل: اشتريت منك هذا بكذا وكذا» (٢).

وقوله عليه السّلام: «لا تشتر كتاب اللّه، ولكنْ اشتر الحديد والجلود وقل: اشترى منك هذا بكذا وكذا»(٣).

وقوله عليه السّلام فى خبرٍ: «رجل اشترى من رجل عشره آلاف طن... فقال البائع: قد بعتك من هذا القصب عشره آلاف طن. فقال المشترى:

قد قبلت ورضيت...»((٣)).

أمّا الأخير، فلا مجال للاستدلال به.

ويبقى الأوّلان، فقد يتوهّم منهما اعتبار اللّفظ، وأنه لولا ذلك لقال الإمام عليه السلام: أعطه كذا وكذا وخذ كتاب اللّه... فمن قوله: «قل...» الظاهر

١- ١) حاشيه المكاسب ١ / ٣٣٧.

٢- ٢) (و ٣) وسائل الشيعه ١٧ / ١٥٨، الباب ٣١ من أبواب ما يكتسب به، الرقم ١ و ٢.

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٧ / ٣٦٥، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الرقم ١.

فی الوجوب الشّرطی - لأن الأوامر فی هذه الموارد ظاهره بالظهور الثانوی فی الشرطیّه - یستفاد اعتبار اللّفظ وعدم کفایه الفعل.

لکنْ فیه: إن الإمام علیه السّلام فی مقام بیان أن القرآن المجید لا یباع، وأنّ الذی یقع مورد المعامله هو الورق والجلد، فهما مسوقان لأمر آخر غیر شرطیّه اللّفظ فی البیع، فلا یستدّل بهما لهذه الجهه.

الثالث: ما ورد فی النهی عن بیع المنابذه والملامسه ونحو ذلک (۱)، باعتبار أنّ ملاک النهی فیها هو عدم اللفظ، وهو موجود فی البیع المعاطاتی.

مضافاً: إلی أن المنابذه من النبذ وهو الطّرح، وهو نحوٌ من التعاطی، فأدلّه النهی عن هذه البیوع آتیهٌ فی المعاطاه بالملاک أو بالمطابقه.

وقد أجاب السیّد وغیره: بأن البیع لم یکن بالنبذ أو اللمس ونحو ذلک، بل النبذ ونحوه إنّما کان لتعیین المبیع (۲).

لکنّ الشیخ الصّدوق یقول: «المنابذه یقال: إنها أنْ یقول لصاحبه: انبذ إلیَّ الثوب أو غیره من المتاع، أو أنبذه إلیک، وقد وجب البیع بکذا... .

ویقال: إنما هو أنْ یقول الرجل: إذا نبذت الحصاه فقد وجب البیع، وهو معنی قوله: نهی عن بیع الحصاه.

والملامسه أن یقول: إذا لمستَ ثوبی أو لمستُ ثوبک، فقد وجب البیع بکذا. ویقال: بل هو أن یلمس المتاع من وراء الثوب ولا ینظر فیه فیقع البیع علی ذلک.

وهذه بیوع کان الناس علی عهد الجاهلیّه یتبایعونها، فنهی رسول اللّه

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۷ / ۳۵۷، الباب ۱۲ من أبواب عقد البیع.

۲- ۲) حاشیه المکاسب ۱ / ۳۳۸.

صلّى اللّه عليه وآله عنها، لأنها غرر كلّها» (۱).

فمن هذه العباره يفهم أنّ النهى إنما هو من أجل لزوم الغرر، لا لأجل اعتبار اللّفظ.

والرابع: قوله عليه السّلام إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام (۲).

و«إنما» تدلّ على الحصر، والمعاطاه ليست بكلام، فهى لا تفيد حتى الإباحه.

وقد تعرّض الشيخ لهذا الخبر وذكر فى معناه أربعه وجوه. لكنْ سيأتى أن معناه: أنْ لا أثر للمقاوله السّابقه على البيع وأنّ المؤثّر هو تنجيز البيع.

وعلى هذا - الذى سنذكره - لا مجال للاستدلال به لاعتبار اللّفظ فى البيع، بل جميع الآثار تترتب على تنجيزه، وهو كما يحصل باللّفظ يحصل بالفعل.

۱- ۱) معانى الأخبار: ۲۷۸، وسائل الشيعه ۱۷ / ۳۵۸.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸ / ۵۰، الباب ۸ من أبواب العقود، الرقم: ۴.

كلام كاشف الغطاء والبحث حوله

اشاره

قوله:

هـذا، مع مـا ذكر من أن التزام حـدوث الملـك عنـد التصـرّف المتوقف عليه، لا يليق بالمتّفقه فضـلاً عن الفقيه، ولـذا ذكر بعض الأسـاطين فى شـرحه على القواعـد - فى مقـام الاسـتبعاد - أن القول بالإبـاحه المجرّده مع فرض قصـد المتعاطيين الملك والبيع، مستلزمٌ لتأسيس قواعد جديده.

منها: أن العقود وما قام مقامها لا تتبع القصود.

القاعده الأولى

اشاره

أقول:

إن من المسلّمات فى الفقه أنّ العقد تابع للقصد، فإنْ لم تفد المعاطاه الملكيّه يلزم انخرام هذه القاعده.

والتبعيّه تارةً ماهويّه، وهى تبعيّه المعلول للعلّه، وأخرى: تبعيّه الشىء لشىء فى أثره، فهل التبعيّه هنا ماهويّه أو فى الأثر؟

كلاهمـا جـائز، فقـد ذكرنـا آنفاً فى مفـاد قوله تعـالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أنّ العقـديه عباره عن الارتباط بين التمليكين، حيث يقرّر الطرفـان ويتعاهـدان على أنْ يملّـك كـلّ منهمـا مـاله إلى الآخر على نحو المقابله، وهـذا المعنى لا يحصل بلا قصـد، لكونه من الأمور الإراديّه.

إنّ قوام عقديّه العقد هو القصد فلا يتحقّق إلّابه، فالمعنى الأوّل صحيح.

ويصحُّ أن نقول: بأنّ العقود تتبع القصود فى تأثيرها، فالأثر الذى

يقصـده الإنسان يفيـده العقـد، فهو يؤثّر فيما قصـد ولا يؤثّر فيما لا يقصد، إذ لو أراد التأثير فيما لم يقصد لم تكن التبعيّه، فالتبعيّه فى التأثير مستلزمه للأمرين الإيجابى والسّلبى معاً.

وعلى هـذا، فالإباحه التى يقول القائلون بها غير مقصوده، والملكيّه التى قصـدها المتبايعان لم تقع. وهـذا ينافى القاعـده المسلّمه عند الكلّ.

هذا بيان ما ذكره كاشف الغطاء رحمه اللّه.

قوله:

أمّا حكايه تبعيّه العقود وما قام مقامها للقصود، ففيها: أوّلاً: إنّ المعاطاه ليست عند القائل بالإباحه المجرّده من العقود... .

أقول:

جوابه متين، وإنْ كان لا يخلو من إجمالٍ، ولذا أشكلوا عليه، وحاصل كلامه:

إن المعاطاه عنـد القائلين بإفادتها الإباحه، ليست عقـداً شـرعيّاً ليكون سـبباً للتمليك، ولا دليل على صـحّتها حتى تتمّ التبعيّه فيها، وإنما يقولون بالإباحه بها بـدليلٍ مستقل. وبعباره أخرى: إنه ما لم يقم الدليل الشـرعى على الصّحه، فالعقد فاسد ولا يترتب عليه الأثر، والتبعيّه إنّمـا تكون حيث يقوم الـدليل على الصـحه، ومع عـدمه فلا مجال للقول بوقوع التخلّف. وأيضاً، فإن المقصود من العقد فى القاعده هو العقد الكاشف عن التسبيب والتسبّب وهو اللفظى، والفعل ليس له هذه الكاشفيه فليس بعقد.

وبما ذكرنا ظهر أنّ الشيخ لا يقول بإفاده المعاطاه للإباحه كالعقد اللّفظى، فلا ضير فى عدم تبعيّتها للقصد، حتى يشكل عليه: بأن قاعده التبعيّه تعمُّ اللّفظ والقول.

ص:١٩١

كما لا ـ مجال حينئذٍ لقول المحقق الخراسانی رحمه اللّه من: أنه یمکن أنْ یکون مقصود القائلین بالإباحه أنّ إفاده الملکیه مشروطه بالتصرّف أو التلف، فالأثر غیر منفک عن العقد، غیر أنّ الملکیه منوطه بحکم الشرع بشرط، کما هو الحال فی بیع الصرف (۱)... إذ لا تساعد کلماتهم علی هذا التأویل.

قال: «نعم، إذا دلّ الدلیل علی ترتب أثر علیه حکم به وإنْ لم یکن مقصوداً» هذا کلّه فی الجواب الأوّل.

قوله:

وثانیاً: إن تخلّف العقد عن مقصود المتبایعین کثیر.

أقول:

مقصوده: إن هذا السنخ من التخلّف - بمعنی أنْ لا یمضی الشارع ما قصده المتبایعان ویترتّب حکم آخر علی ما أوقعاه - کثیر. أی: إنه تخلّف صورةً لا علی حقیقته، وإنْ کانت عبارته موهمه لکنه لا یرید ذلک قطعاً.

فذکر من موارد النقض خمسةً:

النقض الأوّل

قوله:

فإنهم أطبقوا علی أنّ عقد المعاوضه إذا کان فاسداً یؤثّر فی ضمان کلٍّ من العوضین القیمه، لإفاده العقد الفاسد الضمان عندهم کما یقتضیه صحیحه...

وتوهّم: أنّ دلیلهم علی ذلک قاعده الید، مدفوع بأنه لم یذکر هذا الوجه إلّا بعضهم... .

ص:۱۹۲

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۱۶.

أقول:

لقد أجمعوا على الضمان بالقيمه فى العقد الفاسد، مع أن مقصود المتبايعين هو الضمان بالمسمّى، ولا يتوهّم أنّ دليل الضمان قاعده اليد، وبيان دفعه بحيث لا يتوجّه عليه الإشكال (١) هو: إن تلك القاعده إنّما تجرى حيث يتحقّق موضوعها وهو «ما أخذت» وهنا لا يوجد الأخذ وإنما الإقباض من البائع، فلا موضوع للقاعده حتى تكون هى الموجبه للضمان.

إنه لم يكن التمليك من هذا بالمجّان بل كان على نحو تضمينه بالبدل، وكان التمليك من ذاك على أن أقدم على الأخذ بنحو ضمان البدل، ولمّا كان العقد باطلاً فخصوصيّه البدل المسمّى فاسده عند الشارع، لكنّ انتفائها لا ينتج انتفاء سبب الضمان من أصله.

وبعباره أخرى: إنّ الواقع إمّا هو التسبيب بالعقد على شيء، بمعنى أن الإنسان يتسبّب بالعقد للضمان بالقيمه، وهذا منتف هنا، لأن المقصود منهما لم يكن التضمين بالقيمه، وإمّا المسبب الذى قصداه وهو التضمين بالمسمّى، والمفروض إنه غير متحقّق، لفساد العقد. فيبقى الوجه الثالث وهو: سببيّه شيء لشيء، فالشارع يقول: المعامله الفاسده لها سببيّه وهى موضوع للضمان بالقيمه، وسرّ ذلك: عدم كون التمليك مجّاناً، بل كان بنحو التضمين، واُلغيت الخصوصيّه وبقى الأصل، وضمان كلّ شيء بمثله أو ببدله أو بقيمته.

فيكون هذا نظير مورد المعامله بالمعاطاه، فكما أن العقد الفاسد موضوع للضمان بلحاظ عدم المجانيّه - لكن بالقيمه بعد إلغاء الشارع كونه

ص:١٩٣

١- ١) انظر: حاشيه السيد اليزدى ١ / ٣٤٩، حاشيه المحقق الإصفهانى ١ / ١١۶، المكاسب والبيع ١ / ١۴۴،مصباح الفقاهه ٢ / ١٠٧.

بالمسمّى - كذلك المعاطاه موضوع للإباحه بعد إلغاء الشارع إفادتها للملكيّه.

النقض الثاني:

قوله:

وكذا الشرط الفاسد، لم يقصد المعامله إلّامقرونه به، غير مفسد عند أكثر القدماء.

أقول:

إذا كان الشرط على خلاف الكتاب والسنّه فهو فاسد ولا يلزم الوفاء به، لكنّ العقد صحيح، وعليه أكثر القدماء، مع أن المتعاملين قد أناطا المعامله بالشرط، فكان مقصودهما التمليك المقيد ولم يقع، ووقع التمليك المطلق الذى لم يكن مقصوداً لهما، فتخلّف العقد عن القصد.

وقد ذكرنا أن هذا التخلّف صورى ولا يضرّ بالقاعده المسلّمه، والسرّ فى ذلك هو: إنه لا يعقل أن يكون القيد قيداً للملكيّه، إذ التقييد لابدّ وأنْ يكون بأمرٍ غير حاصل فعلاً، فإذا باع بشرط الكتابه مثلاً، لم يكن تقييد التمليك بها بمعنى القيديّه للملكيه، وإلّا لزم عدم حصولها قبل حصول الكتابه، إذ لا يعقل تحقّق المقيَّد قبل حصول القيد، والمفروض صحه المعامله، فالشرط إنما هو عباره عن الالتزام فى ضمن العقد، لا أن مضمون العقد مقيّد به.

وكان الميرزا الأستاذ رضوان اللّه عليه يقول: بأنّ الإنسان لمّا يبيع الشىء يكون ثباته على المعامله وإلتزامه بما فعل، مملّكاً للطرف، فهو يملّك التزامه لصاحبه ويجعله مسلَّطاً على التزامه، لكن هذا الالتزام - عندما يُجعل فى العقد شرطاً - منوط بقيام طرفه بالشرط، وإلّا كان إلتزامه باقياً

ص:١٩۴

تحت تصرّفه.

فالتخلّف عن الشرط بصورةٍ كلّيهٍ - أى سواء كان فاسداً أو صحيحاً لكن لم يف به الطرف - يوجب الخيار، فله أن يفسخ العقد ويحلّه(١).

النقض الثالث

قوله:

وبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكلّ

ص:١٩٥

أقول:

قال المشـهور – بل الكلّ – بأنّ البيع يقع فيما له ويكون بالنّسبه إلى مالغيره موقوفاً على إجازه المالک، فإنْ لم يجز كان للمشترى خيار تبعّض الصفقه، فالبيع يقع فيما يملک فقط، مع أن المقصود هو بيع المجموع بما هو مجموع.

وبعباره أخرى: قد قصد بيع الكلّ، والذى وقع بيع الجزء – والجزء يغاير الكلّ – فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

ولكن هـذا لا ـ ينقض القاعـده، لأن الحلّ هو: أنه قـد أنشأ التمليک، وهو إنما يؤثّر فى المورد القابل، والقابليّه هنا إنما هى لِما هو مملوکٌ له دون غيره.

وبعبـاره أخرى: إنّ الأـمور المتعـدّده لا ـ يعقل قيام الملكيه الواحـده بها، فإنّ شأن الملكيه هنا شأن العرض، ولا يعقل قيام العرض الواحـد – لبسـاطته – بالمتعـدّد، فعنـدما يبيع عشره أشـياء – مثلاً ـ – يوجـد فى الحقيقه عشـره ملكيّات، فلو كان بعض المبيع غير مملوک له، فقد ملّک المملوک وغيره بملكيّتين، لكنّ أحداهما النافذه شرعاً تتحقّق، والأخرى غير النافذه شرعاً لا تتحقّق.

فالمقصود – وهو إحدى الملكيّتين المتعلّقه بما يملک – واقع، والمقصود الآخر بلحاظ أنه لم يكن ملكاً له، غير واقع(۱).

ص:۱۹۶

النقض الرابع

قوله:

وبيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع إجازته على قول كثير.

أقول:

إنّ الـذی وقع عليه العقد هو البيع لنفسه حتى يدخل العوض فی ملكه، لكنّهم يقولون بوقوع العقد للمالک وكون العوض له، فما قصده الغاصب لم يقع وما وقع لم يقصده.

وحلّ المطلب هو: إنّ الغاصب تاره: غير قاصد للمعامله ولا ينشـیء البيع، وقوله: بعتک هذا، كلامٌ صوری، ومثله خارج عن محلّ الكلام وليس بموضوع للإجازه.

وأخرى: يقصد التمليک وينشؤه حقيقةً لنفسه، وهنا قولان:

أحدهما: فساد المعامله وأنه لا أثر للإجازه من المالک، إذ لا يعقل القول بحصول الملكيّه للغاصب لأنه ليس بمالکٍ للشیء، ولا للمجيز، لأنه إنما يجيز العقد الواقع وقد وقع للغاصب، فلو أجازه المالک لم يقع البيع له بل الغاصب.

والثانی: وهو المشهور: إنه يكون للمالک بإجازته. فيقع الكلام فی تصويره:

قال الشّـيخ – وقرّبه الميرزا الأستاذ (١) – بـأنّ الغـاصب لمّا يبيع الشـیء يـدّعی كونه ملكاً له، فهو يبيعه بناءً على أنه المالک، فأمّا حيثيّه كونه المالک فلغو، وأمّا حيثيّه كون البيع عن المالک، فتتوقف على الإجازه، فإذا أجاز

١- ١) المكاسب والبيع ١ / ١٥٨.

المالک أثّرت أثرها ویکون البیع له.

وقال السیّد (۱): إن البیع عباره عن مبادله مالٍ بمال، ولیس فی البین تعرّض للمالک، کما لیس لحیثیّه المالکیّه دخل مطلقاً فی حقیقه البیع، فإذا أجاز المالک فقد أنفذ المبادله الحاصله ویقع البیع له.

أقول: وکلامه - بحسب الظاهر - جیّدٌ ولعلّه مقبول عند غیره أیضاً، إلّاأنّ الذی أخذته من شیخنا الأستاذ رحمه اللّه - وإنْ کان للعمر وفاء بیّنته بالتفصیل فی بحث الفضولی - هو: إنّ بدلیّه الشیء عن الشیء والمبادله بینهما یحتاج إلی محلّ، لأن البدلیّه لیست بمهملهٍبل هی فی شیء، وهو هنا الملکیّه، والملکیّه ربط قائم بین المالک والمملوک، والغاصب عندما یبیع إنّما یبدّل المال بمالٍ فی الملکیه التی یراها لنفسه، فما ذکره الشیخ هو الصحیح.

وعلی المسلکین، فإن البیع یقع للمالک الحقیقی، فلم یخرج المورد عن القاعده، لأنّ الغاصب قد قصد البیع للمالک، وقد وقع بالإجازه للمالک، فما قصد قد وقع ولا تخلّف.

والتحقیق: عدم صحّه التقریبین کلیهما، وبیان ذلک باختصار هو:

الواسطه تارةً: هی فی الثبوت، وأخری: فی العروض، فإنْ کان للوصف العنوانی وساطه فی ثبوت الحکم علی الموضوع - والمقوّم للموضوع هو الذات - فهو الواسطه فی الثبوت، وإنْ کان له دخل فی الحکم والمحمول المترتّب علی الموضوع، فهو الواسطه فی العروض.

فإذا باع الغاصب لنفسه، کانت حیثیه المالکیّه الإدّعائیه واسطه فی

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۳۴۹.

الثبوت لا ـ فى العروض، لأنه يبيع الشىء بعنوان أنه هو المالك، لا ـ أنه يبيعه عن المالك ليقال أنّ البيع قد وقع للمالك غير أنّه يدّعى كونه هو المصداق وادّعاؤه لغو.

فالحلّ الصحيح يبتنى على ما ذهب إليه شيخنا الأستاذ فى تعريف البيع من أنه عباره عن تمليك شىء بشىء، فإنه إذا أجاز المالك فقد أجاز هذا المعنى، فيقع للمالك. والتفصيل فى محلّه.

وتلخّص: أنّ ما ذكره الشيخ ليس نقضاً.

النقض الخامس

قوله:

وترك ذكر الأجل فى العقد المقصود به الإنقطاع يجعله دائماً على قول... .

أقول:

هذا هو المشهور وبه نصّ(١)، وإنْ قال المحقق الخراسانى فى فوائده (١): إذا لم يذكر الأجل فى العقد المنقطع لا ينقلب دائماً، ويحمل النصّ على معنىً آخر، مع كونه على القاعده وعليه المشهور، كما ذكرنا. وحلّ المطلب خلافاً له هو:

١- ١) الفوائد ط مع حاشيه الرسائل: ٢٩١.

إنّ الزوجيّه حقيقه واحده ومعناها النكاح، والدّوام ليس قيداً لها بل هو عباره عن عدم ذكر الأجل، فإذا تحقّقت الزوجيّه دامت، ودوامها عباره عن وجودها وثباتها، والمدّه تحتاج إلى قصدٍ آخر ولابدّ من إظهارها، فما لم تظهر المدّه - التى هى محدّده للزوجيّه - كانت الزوجيّه المقصوده على حقيقتها. فالمقصود واقع ولا تخلّف(١).

هذا تمام الكلام على القاعده الأولى.

ص:٢٠١

أن الدوام لا يحتاج إلى قصدٍ.

القاعده الثانيه

قوله:

ومنها: أنْ يكون إراده التصرّف من المملّكات...

أقول:

القاعـده الثانيه التى ذكر بعض الأساطين يلزم تأسيسـها بناءً على القول بأن المعاطاه تفيـد الإباحه دون الملك هو: أنْ يكون إراده التصرّفات من المملّكات.

وذلك: لأنّ التصـرّفات التى تقع من المتعاطيين جائزه مطلقاً، إلّاأنها تنقسم إلى قسـمين، فمنها: لبس الشّىء أو ركوبه أو الجلوس عليه ونحو ذلك، ممّا لا يتوقّف على أنْ يكون المتصـرّف مالكاً. ومنها: ما يتوقف على ذلك، كأن يوقف الشىء، أو العبد يعتقه، أو الجـاريه يطؤها، لأنه: لا بيع إلّافى ملك، ولا وقف إلّافى ملك، ولا عتق إلّافى ملك أو بعـد ملك - كما فى الخبر - ولا وطى إلّافى ملـك، فإذا لم تفـد المعاطاه الملكيّه، فلماذا جازت هـذه التصـرّفات، ولـم يخطر ببال المالك الإذن فى شـىء منها، وإنّه لا يجوز لأحدٍ أنْ يتصرّف فى مال غيره إلّابإذنه؟

فالقول بجواز تلك التصرّفات يستلزم أنْ يقال بأنّ إراده التصرّف سبب لمالكيّه المتصرّف. وهذه قاعده جديده.

ثم إنّ الشيخ أجاب عن سؤال مقدّر بقوله:

بخلاف من قال: أعتق عبدك عنّى وتصدّق بمالى عنك.

وذلك: لوجود الإذن منه فى هذين الموردين، لأنه فى الحقيقه إذنٌ فى التمليك فى الأوّل ثم العتق، وفى التملّك ثم التصدّق فى الثانى.

ثم إنّ ما ذكره فی الموردین، مبنی علی أنْ یکون المعتق عنه والمتصدَّق عنه مالکاً، وأمّا بناءً علی عدم اعتبار ذلک - کما فی بعض النصوص فی العتق والتصدّق عن المیّت - فلا مجال لما ذکر. ووجه الترديد حیث قال:

بإراده التصرّف أو معه.

هو: إن من التصرّفات ما لا یعتبر فیه سبق الملکیّه علی التصرف، مثل وطیء الجاریه المأخوذه بالمعاطاه، فیمکن أن یکون مالکاً لها فی آن الوطی، بخلاف مثل البیع، فإنّه لا یعقل المالکیّه فی آن البیع، لأن تحقّقها فی هذا الآن یستلزم الجمع بین الضدّین، فإذا تحقّق ملکیّه الغیر لم یعقل تحقّق الملکیّه لنفسه فیه، وکذا فی العتق، فإنه یلزم تأثیر الشیء فی المتناقضین، لأنّ العتق سبب زوال الملک، فإذا قلنا بحصول الملکیّه فی حینه، لزم الجمع بین تحقق الشیء وزواله وهو محال، ففی مثل هذین الموردین، لابدّ من اختلاف الآنین.

فإن قلنا بأنه فی الآن الأول ملک، وفی الثانی باع أو أعتق أو ملک فی آن التصرف کما فی الوطیء، لزم الالتزام بقاعده جدیده هی مملکیّه الإراده.

إذن، لابدّ من القول بإفاده المعاطاه من أوّل الأمر.

هذا بیان مراد الشیخ الکبیر، وسأزیده بیاناً فیما بعد.

وقد أجاب الشّیخ عن ذلک بقوله:

وأمّا ما ذکره من لزوم کون إراده التصرّف مملّکاً، فلا بأس بالتزامه إذا کان مقتضی الجمع بین الأصل ودلیل جواز التصرّف المطلق وأدلّه توقّف بعض التصرّفات علی الملک... .

وحاصل کلامه: الإلتزام بمملکیّه الإراده وعدم استلزام ذلک تأسیس قاعده جدیده، فکلامه ناظر إلی الجهتین، فما فی کلام بعضهم من أنه

لم يُجب عن استلزام تأسيس قاعده جديده، ليس فى محلّه. وقد جاء فى كلامه ثلاثه أمور:

أحدها: إنه لا دليل على إفاده المعاطاه الملكيّه، ومقتضى الإستصحاب بقاء المأخوذ بها فى ملك مالكه.

والثانى: إنه قد قام الدّليل على جواز مطلق التصرّفات فى المأخوذ حتى المتوقفه على المالك.

والثالث: إنّه لا بيع إلّافى ملك، وكذا العتق والوطى... .

وهذه الأمور تدلّ - بدلاله الإقتضاء - على كون إراده التصرّف أو التصرّف موجباً للملك، لأنّا إنْ قلنا: بأنّ التصرّف أو إرادته غير مملّك، لزم بطلان: لا بيع إلّافى ملك ونحوه، وإنْ قلنا: بأنّ التصرّفات المتوقفه على الملك غير جائزه، لزم ردّ السّيره وغيرها من الأدلّه القائمه على حلّيه تلك التصرّفات وغيرها، وإنْ قلنا: إن المعاطاه توجب الملكيّه، فالمفروض عدم الدليل عليه. فيستكشف من هذه الأمور أنّ إراده التصرّف - أو نفس التصرّف - موجب للملكيه. ولابدّ حينئذٍ من الالتزام بكون: لا يجوز لأحدٍ أن يتصرف فى مال غيره إلّابإذنه، ونحوه من الأدلّه، مخصَّصاً بالدلاله الاقتضائيّه المذكوره.

قوله:

فيكون كتصرّف ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالوطى والبيع والعتق وشبهها.

فما نحن فيه نظير تلك الموارد، فإنّ ذا الخيار يدخل مال الغير فى ملكه عملاً، وكذا الهبه لغير ذى رحم مع بقاء العين، فلا يكون ما ذكره هنا فى المعاطاه شيئاً جديداً.

ص:۲۰۴

أقول:

لكن الإنصاف عدم تماميّه التنظير المزبور، إذْ فرقٌ بين حصول الملكيّه بالتصـرف أو إرادته، وبين ارتفاع سبب ملكيّه الغير – وهو العقد – بالتصرّف، وتصرّف ذى الخيار والواهب من قبيل الثانى. فالحق أن ما نحن فيه لا نظير له(١).

ص:٢٠٥

القاعده الثالثه

قوله:

ومنها: أن الأخماس والزكوات والاستطاعه والديون والنفقات وحقّ المقاسمه والشفعه والمواريث والرّبا والوصايا، تتعلّق بما فی الید، مع العلم ببقاء مقابله... .

أقول:

قد عرفت أنّ المقصود من هذه البحوث هو الاستدلال لإفاده المعاطاه الملک، بأنّه لولا ذلک یلزم تأسیس قواعد جدیده، فمنها: لزوم هذه الأمور - التی تتعلّق بالأملاک - فی غیر الأملاک.

فمن أخذ شیئاً من الأنعام الثلاثه أو النقدین أو غیرها ممّا تجب فیه الزکاه، بالمعاطاه، وحال الحول والنصاب حاصل، وجب علیه الزکاه، مع أنّ الذی حصل عنده کان بالمعاطاه، والمفروض أنها لا تفید الملک.

وکذا الخمس، فیلزم تعلّقه بما لیس بملکٍ له.

وکذا یلزم حصول الاستطاعه بالزاد والرّاحله التی لغیره، لأن المفروض أن ما عنده مأخوذ بالمعاطاه ولیس ملکاً له.

وکذا یلزم تعلّق الدیون بغیر الملک، کأنْ یقسّم الغرماء بینهم ما کان عند الغریم من أموال الناس، لأن المفروض أخذه ذلک منهم بالمعاطاه. وأیضاً:

المدین إذا مات، تعلّق دینه بما ترکه، فیلزم تعلّق دینه بأموال الناس لا بأمواله.

وأیضاً: لو باع شیئاً بالمعاطاه وأخذ الثمن، کان أداء دینه من هذا الثمن أداءً من أموال الناس.

وکذا یلزم تعلّق حقّ النفقه بالنسبه إلی أموال الناس، لأن المال الذی بید

الزوج مأخوذ بالمعاطاه، مع أنّ حق النفقه يتعلّق بملك الزوج.

وكذا فى حقّ المقاسمه، فإذا حصل الشىء لهما واشتركا فيه وثبت لهما حقّ لهما فيه حق المقاسمه، كان معنى ذلك حصول هذا الحق فى مال الغير.

وكذا فى حقّ الشفعه، فمن باع نصف ملكه لزيد بالمعاطاه وباع النصف الآخر من عمرو، جاز لزيد أنْ يشفع فى النصف الآخر، مع أنّ النصف الذى بيده ليس ملكاً له بل هو باق على ملك صاحبه، فكيف أخذ بالشفعه؟

وكذا لو باع بالمعاطاه المكيل والموزون بمثله بالتفاضل، فالرّبا ثابته، ولو لم تكن المعاطاه مملّكةً لم يكن لثبوت الرّبا وجه، وإلّا لزم ثبوتها فى مال الغير.

وكذا الذى أوصى بصرف كذا وكذا من ثلثه، فوصيّته نافذه، ولو لم تفد المعاطاه الملك لزم نفوذ الوصيّه فى ملك الغير.

وكذا لا شبهه فى أنّ من مات انتقلت أمواله إلى ورثته، فلو كان جميع ما حصل عنده مأخوذاً بالمعاطاه، فإنّهم يكونون قد ورثوا أموال الناس بموت موّرثهم.

وكذا الكلام فى الغنى والفقر، فمن حصل عنده بالمعاطاه ما يكفى لمؤنه سنته، صدق عليه الغنى وترتّب عليه أحكامه، فلو لم يكن ما أخذه بالمعاطاه ملكاً له، فقد أصبح غنيّاً بأموال الناس، ولو وهب هذا الشخص كلّ ما عنده عدّ فقيراً، مع أنّ الأشياء غير خارجه عن ملكه، لأن المفروض وقوع الهبه منه معاطاةً.

هذا كلّه، مع العلم ببقاء المال المقابل عند الطرف الآخر، ولو شك فى بقاءه استصحب.

وتلخص: إن ما ليس موضوعاً لآثار الأملاك يكون محكوماً بالآثار

المتعلّقه بها، وهذه قاعده جديده.

هذا ما أفاده بعض الأساطين.

فأجاب الشيخ:

قوله:

وأمّـا مـا ذكره من تعلّق الأخمـاس والزكوات. إلى آخر ما ذكره، فهو اسـتبعاد محض، ودفعه بمخالفته للسـيره رجوع إليها، مع أنّ تعلّق الإستطاعه الموجبه للحج وتحقّق الغنى المانع عن استحقاق الزكاه، لا يتوقّفان على الملك.

أقول:

إذنْ، يلتزم بتحقّق هذه الأمور فى غير الملك ويكون بحكم الملك.

واختلفت الأنظـار فى مراده من قـوله: «ودفعه بمخـالفته...» والضـمير يرجع إلى «التعلّق» وفى بعض النسـخ: «ودفعهـا بمخالفتهـا...» ومرجع الضمير «المقاله»:

فقال السـيّد رحمه اللّه: «الظاهر أن مراده أنّ الحكم بعدم تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه، استبعاد محض، فلنا أنْ نلتزم بعدم التعلّق، ولا بأس به، ودعوى أنه مخالفٌ للسـيره حيث أنها جاريه على التعلّق، مدفوعه بأنه على هذا تكون السيره دليلًا على التعلّق وإنْ كان مخالفاً للقاعده، لأنها دليل على تخصيصها، ولا بأس بالالتزام به» (۱).

فاعترض عليه شـيخنا الأسـتاذ: «بأنّ كاشف الغطاء رحمه اللّه لم يسـتبعد عدم التعلّق، بل استبعد تعلّقها مع عدم الملك حيث قال: فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك» ثم قال: إعلم أنّ مقتضى كلام هذا الفقيه النبيه الوجيه

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۳۵۱.

«إن تعلّق المذكورات بالمأخوذ بالمعاطاه أمر مفروغ منه ولذا استبعد تعلّقها به مع عدم الملك...» (۱).

وهو متينٌ جداً.

وعلى الجمله، فإنه لا مانع من تعلّق المذكورات بغير الملك، وليس فی المقابل إلّاالاستبعاد.

فإنْ قيل: هذا ينافی السّيره القائمه على أنّ المعاطاه تفيد الملک، وأنهم يرون تعلّق هذه الأمور بالملک.

قلنا: هذا رجوع إلى السّيره، ولا لزوم لتأسيس القواعد الجديده، وقد جعل هذا اللّزوم دليلًا مستقلّاً - بعد الكتاب والسنّه والسّيره - على إفاده المعاطاه للملک.

وحلّ المطلب هو:

أمّا فی الأخماس والزكوات، فإنها تتعلَّق بشرط الحول والنّصاب، وكون الآخذ بالمعاطاه غير مالک لا يضرّ، لوجود المالک الأصلی المتوجّه إليه الخطاب بالخمس والزكاه، فلم يكن التعلّق بغير الملک، غير أنّ الذی بيده ليس هو المالک المخاطب بالأداء. ولو قيل: بأنّ وجوب الأداء عليه حينئذٍ دون المالک هو الذی عليه السّيره، فالجواب: إن هذا رجوع إلى السّيره.

وبعباره أخرى: إن كان المحذور سقوط الخمس والزكاه، فإنّه غير وارد، لأنهما يتعلَّقان بالملک، وغايه الأمر هنا هو توجّه التكليف إلى المالک دون الآخذ بالمعاطاه.

وأمّا فی الإستطاعه، فإنّ المناط فيها هو التمكّن من الذهاب إلى الحج،

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۱۲۱.

ولا دلیل علی اعتبار الملکیه فی الزاد والراحله، ومن کان بیده الزاد والراحله فهو متمکن ویجب علیه الحج.

وأمّا فی الـدیون، فإنّ مثال تعلّق الدین بالمأخوذ بالمعاطاه هو ما لو أخذ الشـخص بالمعاطاه شـیئاً فی مقابل شـیء أعطاه، ثم مات والمالان باقیان، فإن المأخوذ بالمعاطاه یکون من جمله ترکته والدّین یکون متعلّقاً بهذا المال.

والظـاهر أنْ لاـ مورد لتعلّق الـدین بالمأخوذ بالمعاطاه إلّاما ذکرناه، وما فی کلام بعض الأکابر (۱) من أنّه لا مانع من أداء الـدین الـذی فی ذمّته ممّـا کان بیـده من مال غیره المأذون فی التصـرّف فیه، فلیس جواباً عن إشـکال الشـیخ الکبیر، لأنّ الکلام هو فی تعلّق الـدین بمـال، فمنشـأ الإشـکال هو «التعلّق»، لأنّ الـدین إنما یتعلّق بـذمّه المـدین مادام حیّاً، فإذا مات تعلّق بما ترکه، فکیف یتعلّق دین الدائن بما هو لغیر المدین؟ نظیر المفلَّس، حیث أن الغرماء یقتسمون ما فی یده من الأموال، فإذا کان فیها شیء مأخوذ بالمعاطـاه، والمفروض أنها لا تفیـد إلّاالإباحه، لم یکن لهم تقسـیمه، إذْ لا یتعلّق حق الغرماء إلّابما هو ملک للمفلّس، وإنْ أمکن القول بجواز أخذهم المال، لأنه عوض عن ملک الغریم الموجود بید المتعاطی معه.

وبالجمله، فالمثال الذی ذکرناه، هو الذی ینطبق علیه البحث تماماً.

ولنـا أنْ نقـول فی الجـواب: إن الفتوی فی الهبه الجـائزه الـتی للواهب أن یرجع فیمـا وهبه، هی اللّزوم بموت الموهوب له، فلم لا یکون الموت سـبباً فی ملکیه المال المباح کذلک؟ وبعباره أخری: إنه لا ریب فی مملکیه التصـرّف المالکی والإتلاف، والمناط فی التصرّف المالکی هو الخروج عن

۱- ۱) حاشیه الإصفهانی ۱ / ۱۲۲.

الملك، وبالموت يتحقّق الخروج عن الملك ويتعلّق الدين بالتركه.

وأمّا النفقات، فلا دليل على أنها تتعلّق بالملك، بل على الزوج المتمكّن أن ينفق على من تجب النفقه عليه، من أىّ مالٍ يجوز له أنْ ينفق منه، سواء كان مباحاً له أو ملكاً.

وأمّا المقاسمه: بأنْ يكون شخصان شريكين فى مالٍ على نحو الإشاعه، فلكلٍّ منهما الحق فى المطالبه بتقسيم المال، فلو كان المال مأخوذاً بالمعاطاه - وهى تفيد الإباحه - لم يكن لأحدهما الحق فى مطالبه الإفراز، لأنّ هذا الحق يختص بالمالك فى ملكه.

والجواب هو: إن نفس التقسيم تصرّف مخرج عن الملك، لأن حصّه كلّ واحد هو النصف المشاع بما هو مشاع، ولا تعيّن للملكيه خارجاً، ومجرّد إيجاد التعيّن بالإفراز مخرج عن الملك، ولا أقلّ من أنه يوجب تملّك الطرف المقابل لما أخذه، فالتقسيم كالبيع وغيره من التصرّفات المخرجه عن الملك، والمفروض إباحه جميع التصرّفات.

نعم، يتوجّه هنا ما أوردناه سابقاً من لزوم اجتماع الضدّين، لكنّا نتكلّم هنا على ما مشى عليه القوم.

وأمّا حق الشفعه، فإذا أخذ شيئاً بالمعاطاه مشاعاً وأراد صاحبه أنْ يبيع سهمه، كان لهذا الحق فى الأخذ بالشفعه، لكنّ المفروض أنه مباح له وليس بمالك حتى يجوز له الأخذ بها.

والجواب: إنه إنْ جاز القول بأنّ له الأخذ بالشّفعه فى ظرف تصرّف المتعاطى فيما بيده، بأنْ يكون الحقّ ثابتاً له بشرط تصرّف الطّرف، كما ذكر المحقق الخراسانى: من أنّ المعاطاه مملّكه بشرط التصرف أو التلف، نظير بيع الصرّف والسّلم، فهو، وإلّا فلا مناص من التسليم بالإشكال.

وأمّا الرّبا، فإن المفروض قصدهما البيع وأنّ الشارع قد رتّب الإباحه، لكنّ ترتيبه الإباحه إنما يكون فى المعاطاه الشرعيّه الصحيحه، فإذا كانت المعاوضه ربويّه فهى منهيٌّ عنها، لأنّ أدلّه حرمه الربا جاريهٌ فى كلّ معاوضه بين المتجانسين مع التفاضل، فتكون جاريه فى المعاطاه، وحينئذٍ، لا معنى لترتّب الإباحه عليها.

وأمّا الوصايا، فالجواب عن الإشكال فيها ظاهر ممّا سبق، إذ نلتزم بأنّه بالموت يعتبر الملكيّه.

وأمّا الغنى والفقر، فالغنيّ من كان واجداً لمؤنه السنه، سواء كان مالكاً أو مباحاً له، والفقير من ليس واجداً للمؤنه مطلقاً.

القاعده الثالثه

قوله:

ومنها: كون التصرّف من جانبٍ مملّكاً للجانب الآخر، مضافاً إلى غرابه استناد الملك إلى التصرّف.

أقول:

فالغرابه من جهتين: أمّا الجهه الأولى فهى: أنْ يكون تصرّف أحدهما التصرّف المخرج عن الملكيّه - كالبيع - سبباً لتملّك الآخر لما فى يده، وهذا ليس بغريبٍ فقط بل هو مستحيل، لأنّه إذا باع ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد ببيعه السّبب لملكيّه نفسه ولملكيّه غيره، فيلزم اجتماع الضدّين فى آن واحدٍ، وإذا أعتق ما أخذه بالمعاطاه، فقد أوجد بتصرفه العتقى ما يكون سبباً لملكيّه نفسه وللخروج عنها، فيلزم اجتماع النقيضين، ولو أوقفه فاللّازم اجتماع الضدّين، إنْ كان الوقف تمليكاً، أو اجتماع النقيضين إنْ كان تحريراً.

ص:٢١٢

وأمّا الجهه الثانيه، فبيانها: إنه لو تصـرّف أحدهما، فإن بقى الشـىء فى الجانب الآخر على إباحته، لزم جواز رجوع المتصـرّف فى إباحته، لأنّ كلّ مباح فيجوز أن يسترجعه المبيح، فيكون الشـىء الذى كان ملكاً له بالتصـرّف قد دخل فى ملكه مجّاناً، وإنْ كان تصرّفه موجباً لتملك الآخر للشىء الذى بيده، لزم دخول الشىء فى الملك بلا سبب.

وقد أجاب الشيخ:

وأمّا كون التصرف مملّكاً للجانب الآخر، فقد ظهر جوابه.

أقول:

يريـد رحمه اللّه: أن ذلـك مقتضـى الجمع بين أصـاله عـدم الملك أو استصـحاب بقاء كلٍّ من المالين فى ملك صاحبه وما دلّ على جواز مطلق التصـرّفات فى المأخوذ بالمعاطاه، وأدلّه أنْ لا بيع ولا عتق ولا وطى إلّافى ملك، فإنّه بالجمع بينها يستكشف أنّ الشارع قد اعتبر الملكيّه آناًمّا قبل حصول التصرّف المخرج عن الملكيّه.

وعلى الجمله، ليس التصرّف بنفسه مملّكاً، بل إن مقتضى الجمع بين الأدلّه المزبوره، هو الاستكشاف عن دليل.

وهذا هو الجواب عن الجهه الثانيه.

وأمّا الجهه الأولى، فلم يجب عنها.

ويمكن أن يقـال: إنّه ليس للـدليل القـائم على مملكيّه التصـرّف دلاـله على كون ذلـك بالمجّان، بل هو مملّك بالعوض، فيـدلّ بالإلتزام على أنّ ما بيد الطّرف الآخر ملك له كذلك، أو يقال - كما ذكر المحقق الخراسانى - بأنّ المعاطاه تفيد الملكيّه بشرط التصرّف من أحدهما فيما بيده، كما فى الصرّف والسّلم حيث يشترط الملكيّه فيها بالقبض، إلّاأنا لم نوافق على ما ذهب إليه.

ص:۲۱۳

القاعده الرابعه

قوله:

ومنها: جَعل التلف السّماوی من جانبٍ مملّکاً للجانب الآخر... .

أقول:

ما قال هنا: مع غرابه أنْ یکون التلف مملّکاً، لأنّ حصول الملکیه بالتلف مستحیل، إذ لا معنی لها فی آن التلف، وبعده لا موضوع لها.

ووجه الإشکال هو: إن التلف بید أحدهما لیس بسببٍ لتملّک الآخر لما بیده، وحینئذٍ، یکون صاحب المال الموجود مالکاً لما بیده بلا سبب شرعی.

وقد أجاب الشیخ قدّس سرّه:

قوله:

وأمّا کون التلف مملّکاً للجانبین، فإنْ ثبت بإجماع أو سیره - کما هو الظاهر - کان کلٌّ من المالین مضموناً بعوضه... .

أقول:

أی: إن مقتضی قاعده علی الید أنْ یکون کلّ ما حلّ فی ید أحدهما مضموناً علیه، وعلیه تسلیمه إلی صاحبه، فإن تلف کان علیه المثل إن کان مثّلیاً، وإلّا فالقیمه، فما فی کلام بعضهم (۱) من تفسیر الحدیث بمطلق الضّمان، سهو من القلم.

لکنّ الإجماع قائم علی وجوب المثل أو القیمه فی مورد المعاطاه، ومقتضی الإستصحاب عدم الملکیّه، والجمع بین قاعده الید والإجماع

۱- ۱) حاشیه الإصفهانی ۱ / ۱۲۵.

والإستصحاب يكشف عن حصول الملكيّه آناًمّا قبل التلف.

قوله:

نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع، لأنّ هذا هو مقتضى الجمع... .

أقول:

فقد ورد النصّ على أن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه (۱)، حيث أنّ ما بيد البائع ملك للمشترى، فإن تلف قبل أن يقبضه البائع إيّاه كان من مال البائع، وعليه إرجاع الثمن الذى أخذه من المشترى، مع أنّ مقتضى القاعده أنه إن كانت يده أمانيّه فلا شىء عليه، وإن كانت عدوانيّه فالمثل أو القيمه، فمن النصّ يستكشف أن البيع ينحلُّ قبل التلف آناًمّا، ويرجع المال إلى ملك صاحبه، فالتلف فى ملكه وعليه ردّ الثمن.

والحاصل: إن التلف فى يد أحدهما يكشف عن حصول الملكيّه له قبله آناًمّا، وحصول الملكيّه لهذا يستلزم حصولها للطرف الآخر بالنسبه إلى ما بيده، فالتلف من أحدهما يكون مملّكاً للآخر.

قوله:

ومع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها، فالقول بأنه المطالب - لأنّه تملّك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب - غريب، والقول بعدم الملك بعيد جدّاً، مع أنّ فى التلف القهرى، إنْ ملك التالف قبل التلف فهو عجيب، ومعه بعيد لعدم قابليّته، وبعده ملك معدوم، ومع عدم الدخول فى الملك، يكون ملك الآخر بغير عوض، ونفى الملك مخالف للسّيره وبناء المتعاطيين.

۱- ۱) عوالى اللآلى ۳ / ۲۱۲، باب التجاره، الرقم ۶۹.

أقول:

فههنا إشكالات:

أحدها: أنه لو غصب المال من يد المتعاطى، كان له المطالبه مع أن الفرض كونه مباحاً له وليس بملك.

والثانى: إنّ له أخذ المثل أو القيمه من الغاصب فى حال تلف العين عنده، مع أنّ ذلك من حقّ المالك وهو ليس بمالك.

أجاب الشيخ:

وأمّا ما ذكره من صوره غصب المأخوذ بالمعاطاه، فالظاهر على القول بالإباحه أنّ لكلّ منهما المطالبه مادام باقياً، وإذا تلف، فظاهر إطلاقهم التملك بالتلف: تلفه من مال المغصوب منه، نعم، لو قام كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

أقول:

توضيحه: إن المفروض كون المعاطاه مفيدةً للإباحه، فالمال الذى بيد المتعاطى ملك الغير، فإذا تلف بالتلف السّماوى كان مقتضى قاعده اليد دفع المثل أو القيمه، لكنّ الإجماع قام على عدم الضمان مطلقاً، فإمّا يخصَّص به عموم القاعده، بأنْ يكون المعنى: إلّاالتالف بيد الآخذ بالمعاطاه، وإمّا أنْ يكون المورد خارجاً بالتخصّص، بأنْ يكون الإجماع كاشفاً عن حصول الملكيّه آناًمّا قبل التلف، فالمال تالف فى ملكه وهو خارج موضوعاً عن القاعده، فيكون أمر الإجماع دائراً بين التخصيص والتخصّص، وقد تقرّر تقدُّم التّخصّص، فهو نظير ما تقدّم من أنّ كلّ مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه.

ووجه الالتزام بالملكيّه آناًمّا - لا الملكيّه على إطلاقها - هو الجمع بين

ما ذكر والاستصحاب، المقتضى بقاء المالين فى ملك صاحبيهما. وقد كان يلزم ضمّ أمر آخر، وهو: إنّه لمّا كان تلف المال واقعاً فى ملك من كان بيده، فإنّ هناك ملازمةً بين مالكيّه هذا ومالكيّه الطرف لما بيده، فيكون مالكاً للمال الموجود عنده.

أقول:

أمّا التنظير، ففيه: إن النصّ يدلّ بالمطابقه على حصول اعتبار كون التالف من مال البائع حقيقةً، فكأن لزوم البيع كان منوطاً بعدم التلف، فإذا تلف كان منحلّاً.

وأمّا أصل المطلب، ففيه: إنه لا مجال للتمسّک هنا بقاعده اليد، لأن لفظ الخبر أنّ على اليد «ما أخذت» لا «ما اعطيت» كما نحن فيه، فلو اعطى شخص ماله غير الذهب والفضّه لآخر عاريةً وحصل فيه تلف قهرى، فلا ضمان، لأن مدلول الحديث ثبوته فيما لو أخذت اليد مال الغير بدون إذنه، ومانحن فيه ليس كذلك، لأن المفروض حصول المعاطاه. وبالجمله، لا مجرى هنا للقاعده أصلاً، ولا نعلم للتمسّک بها وجهاً. هذا أوّلاً.

وثانياً: لو سلّمنا جريان القاعده، فما أفاده الأكابر - ومنهم بعض الأساتيد (1) - من أن مقتضى التمسّک بعموم «على اليد» وهو من الأمارات، ثبوت لازمه وهو التخصّص والخروج الموضوعى، فيه: إنّ الدليل اللّفظى إنّما يثبت لازمه فى ثلاثه موارد فقط، وهى:

١ - أن يكون بين اللّازم وملزومه علّيه، لكون الحجّه على اللّازم حجّه على الملزوم وبالعكس.

ص:٢١٧

١- ١) حاشيه المكاسب للإصفهانى ١ / ١٢٤.

٢ – أن يكونا ضدّين لا ثالث لهما، فالحجه القائمه على أحدهما حجّه على عدم الآخر.

٣ – أن يكونا معلولين لعلّهٍ واحده، ومرجعه إلى الأوّل، والسرّ واضح، لأن الحجه على أحد المعلولين حجّه على العلّه، والحجّه على العلّه حجّه على المعلول الآخر.

وفى دوران الأمر بين التخصيص والتخصّص، كما لو قال: أكرم العلماء ثم قال: إضرب زيداً، ودار أمره بين العالم والجاهل، لم يجز التمسّک بالعام، لتكون النتيجه وجوب ضرب زيد الجاهل، لعدم وجود الملاک الذى ذكرناه، وأنه لا يعقل الإثبات فى غير الموارد الثلاثه.

وإذنْ، لا وجه لإثبات الملكيّه آناًمّا قبل التلف، على ما ذكره الشيخ وتبعه عليه غيره.

هذا كلّه فى الإشكال الأوّل.

والإشكال الثانى هو: إن للمتعاطى أنْ يأخذ المثل أو القيمه من الغاصب فى حال تلف العين عنده، مع أنّ ذلک من حقّ المالک وهو ليس بمالک.

أجاب الشيخ:

بأنّ للمالک أن يطالب لكونه مالكاً، وللمتعاطى أنْ يطالب لكونه مباحاً له.

وهذا الجواب وجيه، فما نحن فيه نظير مطالبه الآخذ عاريهً، حيث أن لكلٍّ من المالک والآخذ حق المطالبه، هذا فيما إذا كانت العين موجودهً بيد الغاصب، ومع تلفها فإطلاق كلامهم بأنّ التلف يوجب الملكيّه شامل لما نحن فيه، فيكون للمتعاطى المطالبه بالمثل أو القيمه لكونه المالک حينئذٍ.

والإشكال الثالث هو: إنه إذا كان التلف سبباً للملكيّه، فمتى تكون هذه

السببيّه؟

إن كان حصول الملكيّه متقدّماً على التلف الحاصل بعدها، لزم تأخّر العلّه عن المعلول.

وإنْ كان حصولها مقارناً للتلف، لزم عروض الملكيه على المحلّ فى آن انعدامه.

وإنْ كان حصولها بعد التلف، لزم تعلّق الملك بالمعدوم.

والجواب - على مسلك الشيخ - إن التلف كاشف عن الملكيّه المتقدّمه، ولا مانع من تأخّر الكاشف عن المنكشف. واللّه العالم.

قوله:

فالقول الثانى لا يخلو عن قوّه.

أقول:

كأنه قد تردّد بين المشكل والأشكل، فمقتضى أصاله عدم الملكيّه بسبب المعاطاه، والشهره القائمه، عدم إفادتها ذلك، ورفع اليد عن الشهره والأصل مشكل. لكن عموم آيه الحلّ والتجاره يقتضيان إفاده المعاطاه الملكيّه، ورفع اليد عنه أشكل.

فقال: لا يخلو الثانى عن قوّه.

أقول: بل هو الأقوى، لأن الأصل لا يقاوم الأماره، ولأنّ الشهره الفتوائيّه ليست بحجّه.

ص:٢١٩

لزوم المعاطاه

ص:۲۲۱

لزومُ المعاطاه

اشاره

قوله:

وعليه، فهل هى لازمه ابتداءً مطلقاً كما حكى عن ظاهر المفيد، أو بشرط كون الدالّ على التراضى لفظاً كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى وقوّاه جماعه من متأخّرى المحدّثين، أو هى غير لازمه مطلقاً، فيجوز لكلٍّ منهما الرجوع فى ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلّهم عدا من عرفت؟ وجوه.

أوفقها بالقواعد هو الأوّل.

أقول:

فى المسأله ثلاثه أقوال، اللّزوم وعدمه والتفصيل.

ولم يذكر الدليل على التفصيل، ولعلّه مقتضى الجمع بين عموم قوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» الدالّ على صحّه البيع وإفادته الملكيّه مع اللّفظ وبدونه، والإجماع القائم على عدم حصول الملكيه إلّابالإيجاب والقبول اللّفظيين، بأنْ يكون القدر المتيقّن من الإجماع وقوع البيع بالفعل المجرّد عن اللّفظ مطلقاً، وأمّا لو كان الدالّ على التراضى لفظاً، فذاك باق تحت عموم الآيه. وبعباره أخرى: المخصّص القائم على عدم تأثير الفعل - وهو الإجماع - دليل لبّى، فيؤخذ منه بالقدر المتيقّن، وهو الفعل المجرّد من أىّ لفظٍ دالٍّ على التراضى، وأمّا غيره، فالمرجع فيه عموم الآيه.

وكيف كان، فالعمده القولان الأوّل والثالث، وقد اختار الشّيخ الأوّل، واستدلَّ له بوجوه.

ص:٢٢٣

الاستدلال للزّوم بالأصل

قوله:

بناءً على أصاله اللّزوم فى الملک، للشک فى زواله بمجرّد رجوع مالکه الأصلى، ودعوى أنّ الثابت هو الملک المشترک... بل ربما یزاد استصحاب بقاء علقه المالک الأوّل، مدفوعه. مضافاً إلى إمکان دعوى کفایه تحقق القدر المشترک فى الاستصحاب - فتأمّل - بأن: انقسام الملک إلى المتزلزل والمستقر لیس باعتبار اختلافٍ فى حقیقته، وإنما هو باعتبار حکم الشارع علیه... .

أقول:

قد استدلّ رحمه اللّه بأصاله اللّزوم، لأنه مع رجوع المعطى یشکّ فى زوال الملکیّه الحاصله بالمعاطاه للمتعاطى، فیستصحب بقاؤها وعدم زوالها برجوع المالک الأوّل.

ثم أشکل على هذا الاستدلال: بأنّ الملکیّه الثابته کانت - على الفرض - مردّدةً بین الملکیّه اللّازمه والجائزه، فإن کانت الملکیّه اللّازمه المستقرّه، فحدوثها مشکوک فیه، وإنْ کانت الحادثه بالمعاطاه فارتفاعها بالرجوع متیقَّن، فلا یوجد شیء متیقَّن به مشکوک فى بقائه، فلا ینفع الإستصحاب.

قال: بل ربما یزاد... لأنّا نشکّ بأن علقه الملکیّه الثابته للمالک الأوّل قبل المعاطاه هل زالت بالکلیّه أوْلا، فإن کانت زائله فالملکیّه الحاصله للمتعاطى مستقرّه، وإلّا کان له استرداد ما أعطاه، فإذا استصحب بقاء العلقه تعبّدنا بأنّ رجوعه یؤثّر فى زوال ملکیّه المتعاطى، وبه یرتفع الشکّ فى ناحیه ملکیّه الطرف الآخر بعد رجوع المالک، وإذا جرى الإستصحاب فیه، تقدَّم بالحکومه على استصحاب بقاء ملکیّه المتعاطى، لأن الشک فى بقاء ملکیّته

بعد رجوع المالک، مسبّب عن الشکّ فی بقاء علقه المالک، وقد تقرّر تقدّم الأصل السبّبی علی الأصل المسبّبی.

والشیخ لم یُجب عن هذه الزیاده، ولا یبعد أنه لوضوح بطلان استصحاب علقه المالک الأوّل، لأنّ العلقه المتصوّره عباره إمّا عن الملکیّه نفسها أو العلقه التی هی من آثار الملکیّه أی السیطره والسّلطنه، أو أن للملکیّه مراتب، فیحتمل بقاء بعضها بعد المعاطاه، ولا رابع، فهل المراد من العلقه نفس الملکیّه أو آثارها أو بعض مراتبها؟

أمّا أنْ یکون للملکیّه مراتب، فهذا غیر معقول، لأنها أمر اعتباری ولا یعقل المرتبه للأمر الإعتباری، وأمّا أنْ یکون المراد بقاء علقه المالک الأوّل، فهذا معناه تحقّق الملکیّتین فی الشیء الواحد، لأنّ المفروض أن المعاطاه قد أفادت الملکیّه للآخذ، فمع فرض بقاء علقه الأوّل یلزم اجتماع المثلین وهو محال. وأمّا آثار الملکیّه بأنْ تبقی للمالک الأوّل مع انتفاء علقته بالمعاطاه، فمعناه ثبوت الأثر بلا موضوع.

وتلخّص: أنه لا مجال لاستصحاب بقاء علقه المالک الأوّل(۱).

ص:۲۲۵

ثم إنّ الشيخ قد أجاب عن الإشكال بجوابين:

أحدهما: كفايه استصحاب القدر المشترک بين اللّزوم والجواز، لأنّ هذا الجامع بين الملكيّتين متيقّن الحدوث ومشكوک البقاء، فأركان الإستصحاب فيه تامّه، وهو من قبيل القسم الثانی من أقسام الكلّی.

وقد اختلفت الأنظار فی وجه التأمّل:

قال المحقق الخراسانی: لا مجال لدعوى الكفايه على مختاره من عدم حجيّه الإستصحاب مع الشکّ فی المقتضی (۱).

لكنّ الشيخ يرى جريان الاستصحاب فی القسم الثانی، فإنْ أراد المحقق المذكور من الشکّ فی المقتضی الشک فی كون ملاک اعتبار الملكيّه سبباً لاستمرار ودوام الملكيّه وعدم كونه كذلک، فهذا مما لا يقال، إذ ليس المراد من الشکّ فی المقتضی فی الإستصحاب هو الشک فی الملاكات، بل المراد هو الشک فی قابليّه المستصحب فی حدّ ذاته للثبات والاستمرار فی عمود الزمان، لكنّ الملكيّه أمر يدوم كذلک ما لم يأتِ الرافع. وإنْ أراد تصوير سنخين للملكيّه وتقسيمها إلى قصيره العمر وهی الملكيّه المحدوده بعدم رجوع المالک، وطويله العمر وهی الملكيّه التی لا ـ تكون محدوده بذلک، فتكون المحدوديّه بعدم رجوع المالک من مقوّمات ذات الملكيّه. لكنّ ما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لأنّ الملكيّه متى تحقّقت دامت، غير أن الشک

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۱۳.

فی أنه برجوع المالک الأوّل ترتفع أوْ لا؟ فالشک هو فی الزوال والارتفاع لا فی استعداد المتیقّن من حیث البقاء فی الزمان، کما فی الزوجیّه المردّده بین الدائمه والانقطاعیّه إلی أجلٍ معین، فإنه بعد الأجل لا یستصحب بقاء الزوجیّه، للشک فی استعدادها للبقاء فی عمود الزمان.

وما نحن فیه من قبیل ما إذا دار الأمر بین البول والمنی، فإنه إذا توضّأ ووقع الشک فی بقاء الحدث لأنه إنْ کان الخارج هو البول فقد ارتفع، وإنْ کان المنیّ لم یرتفع، فهنا یستصحب بقاء الحدث المشترک بین الأکبر والأصغر، لأنّ الحدث ممّا إذا وجد یبقی، فإذا شک فی زواله بالوضوء استصحب.

وقیل فی وجه التأمّل: إن استصحاب بقاء الملکیّه للآخذ وهو القدر المشترک، مسبّب عن الشک فی حدوث الملکیّه اللّازمه، وحیث یجری استصحاب عدم حدوث اللّازمه، کان هذا الإستصحاب حاکماً علی استصحاب بقاء الملکیّه (1).

وفیه:

أوّلًا: لیس الشک مسبّباً عن أن الملکیّه اللّازمه حاصله أوْ لا، بل هو فی أن الملکیّه الحاصله لازمه أو جائزه، ولیس هناک أصل ینقّح أن الملکیّه الحاصله خارجاً من أیّ القسمین.

وثانیاً: سلّمنا، لکن حکومه الأصل السّببی علی المسبّبی مشروطه بکون التسبّب شرعیّاً، والسببیّه هنا حتمیّه، ولا یجری الاستصحاب فیها، لأنّه أصل مثبت.

۱- ۱) انظر حاشیه السید الیزدی ۱ / ۳۵۵.

وقال الميرزا الأستاذ: لعلّ وجهه هو: أن المقصود من الإستصحاب فی القسم الثانی من أقسام الكلّی ترتيب أثر الكلّی، إذ لا معنی لترتيب أثر كلٍّ من الفردين، لأن كلّاً منهما مشكوك فيه، وهنا إذا كان مفاد الاستصحاب هو التعبّد ببقاء القدر المشترك وهو كلّی الملكيّه، كان معناه ترتيب أثر أحد الفردين وهو الملكيّه اللّازمه، إذ ليس التعبد ببقاء الملكيّه إلّالزومها، فترتّب أثر الفرد باستصحاب القدر المشترك، وهو خارج عن استصحاب الكلّی، لأنه تعبّد بالفرد لا بالكلّی (۱).

وهذا الوجه - وإنْ كان لا يخلو عن دقّه - إلّاأن فيه:

أوّلاً: إن الغرض التعبّد ببقاء القدر المشترك - أی أصل الملكيّه - فی الزمان اللّاحق، غير أنه بسبب الاقتران الاتفاقی لعدم تأثير رجوع المالك الأوّل، أفاد الملكيّه اللّازمه، لا أنّ هذا التعبّد عين استصحاب الفرد.

وثانياً: سلّمنا، لكن يكفی استصحاب القدر المتيقّن لجواز تصرّف الآخذ فيما انتقل إليه بالمعاطاه، إذ الملكيّه حكم وضعی، والاستصحاب جارٍ عندنا فی الأحكام الوضعيّه إلّافی موردٍ واحد، وغير جارٍ فی الأحكام التكليفيّه إلّافی موردٍ واحد، والتفصيل فی الاصول.

وتلخّص: صحّه ما ذكره الشيخ فی الجواب الأوّل، وقد ظهر أن لا وجه للتأمّل فيه(۱).

۱- ۱) انظر: المكاسب والبيع ۱ / ۱۶۷.

اللّهـم إلّامـا ذكره المحقق الخراسـانى، بتقريب: أنه قـد تقرّر فى الأـصول أنّ الشـكّ فى الغـايه فى الشـبهات الحكميّه شـكّ فى المقتضـى، وفى الشـبهات المصـداقيّه شـک فى الرافع، فمتى شكّ فى تحقق مصـداق الغايه خارجاً يستصـحب، ولو شك فى أنّ المستصحب مغيّى بغايهٍ شرعاً أوْلا؟ فإنّه لمّا كانت الشبهه حكميّه، يرجع الشك إلى المقتضى، فلا يجرى الاستصحاب.

الجواب الثانى – وهو متينٌ جداً – ومحصّله: إنّ الملكيّه – بأىّ معنىً كانت، وقد تقدّم أن الظاهر كونها «الواجديّه» – أمر اعتبارى، ولا اختلاف فى

ص:۲۲۹

هويّتها وحقيقتها، وإنّما الاختلاف باعتبار حكم الشارع عليه، كأنْ يحكم بعد تحقق الملكيّه بأنّ للمشترى أن يحلّ العقد ويفسخه، وهذا فى خيار الحيوان، أو يحكم بأنّ لكلٍّ من البائع والمشترى ذلك، كما فى خيار المجلس، أو يحكم فى الهبه - لغير ذى رحم والتى غير معوّضه - بجواز الاسترداد. فسواء كان الحكم بحلّ العقد أو بجواز الاسترداد، فهو حكم شرعى، مع أنّ الملكيّه متحقّقه فى جميع الموارد.

وبعباره أخرى: ليس الجواز واللّزوم من قبيل الفصل المقوّم للماهيّه، ليلزم تعدّد النوع، بل انقسام الملك إليهما انقسام بالعرض، وهما حكمان يطرءان على الملك وليسا بخصوصيّتين منوّعتين له، إذ الحكم الشرعى - سواء الوضعى والتكليفى - قائم بنظر الشارع ولا يكون مصنّفاً أو منوّعاً.

وعلى هذا، فالمستصحب هو شخص الملكيّه الحاصله بالمعاطاه، فهل للشارع حكم بارتفاع هذا الفرد الشخصى من الملكيّه إذا رجع المالك الأصلى عنها وأنه يجوز الاسترداد أوْ لا؟ فنقول: الأصل بقاؤها وعدم جواز الاسترداد.

هذا، ولا يخفى أن المراد من الجواز فى قولنا الملك الجائز، هو جواز الترادّ أو حلّ العقد، والملك اللّازم عباره عن عدم جواز الترادّ فيه أو حلّ العقد، فما فى كلام المحقق الخراسانى (۱) - من أنّه جواز الترادّ، ولا علاقه للبحث بجهه الخيار حتى يقال بأنّ هذا من خصوصيّات السّبب المملّک، فإنه لو كانت الملكيّه هنا عباره عن جواز حلّ العقد، أمكن القول بأنه من خصوصيّات السبب المملّک، لكنْ سيأتى أن الجواز المعاطاتى عباره عن

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۱۳ - ۱۴.

جواز ترادّ العينين، فيكون من خصوصيّات الملكيّه - غير مستقيم.

لأـن الكلاـم ليس فى متعلَّق التراد أو الرجوع حتى يقـال: بأن الرجوع فى العقـد موضوعه هو العقـد، فيكون الرجوع حلّه وهو من خصوصـيّات السـبب، والموضوع فى ترادّ العينين هو العين، فهو من خصوصـيات الملكيّه، وإنمـا الكلام فى الجواز الوضـعىّ، أى رجوع المالك فيما أعطاه، حتى يكون الشارع مُعتبراً ملكيةً جديدةً للمالك الأوّل وسقوط ملكيّه الآخذ، وهذا الأمر الاعتبارى فى مرتبه متأخره، ولا يعقل أن يكون من الخصوصيّات المنوّعه أو المصنّفه للموضوع فى المرتبه المتقدّمه.

فالكلاـم فى أنّ الملكيّه صـنفان أو أمر واحـد؟ ولمّـا كـان جواز الـتراد - بـأىّ معنىً كـان - فى مرتبه متـأخره عن الموضوع وهو الملكيّه، فـإنه يسـتحيل أنْ يكون ما هو فى المرتبه المتأخره مقسّـماً أو مقوّماً ماهويّاً للموضوع فى المرتبه المتقـدّمه، إذ الموضوع بجميع خصوصياته ولوازمه متقدّم رتبه، والحكم الشرعى المتأخّر رتبةً لا يمكن أنْ يكون من الخصوصيّات المقوّمه للموضوع.

إنا لا نقول: بأنّ حكم المعاطاه حلّ العقـد وفسـخه، بل هو جواز الترادّ، لكن هـذا الجواز الشـرعىّ ليس من خصوصـيّات الملكيّه، وإنه موجب للانقسام الحقيقى، بل هو حكم شرعى يرجع إلى كيفيّه السبب، فإن الشارع يحكم بجواز الترادّ إذا كان البيع بالفعل.

فقوله: موضوع الترادّ هو العين وموضوع الفسخ هو العقد، لا وجه له فى هذا المقام.

ثم إنّ الشيخ استدلّ لعدم اختلاف حقيقه الملكيّه، وأن منشأ الاختلاف وانقسامها إلى الجائزه واللّازمه هو الحكم الشرعى، بأمور:

قوله:

ويـدلّ عليـه - مـع أنـه يكفى فى الاستصـحاب الشـک فى أن اللّزوم مـن خصوصـيات أو مـن لـوازم السـبب المملّـک، ومـع أنّ المحسوس بالوجـدان أن إنشـاء الملـک فى الهبه اللّـازمه وغيرهـا على نهـج واحـد - أنّ اللّزوم والجواز لو كانـا من خصوصـيّات الملک، فإمّا أن يکون... .

أقول:

ذکر رحمه اللّه ثلاثه وجوه:

أحدها: قوله: يکفى فى الإستصحاب... .

فاعترض (١) عليه: بأنّ العباره قاصـره، لأنّ هـذا الکلام ليس بـدليل، وإنما هو عباره أخرى عن عـدم الحاجه إلى الاسـتدلال، بل يکفينا فى جريان الإستصحاب عدم العلم بأن الجواز واللّزوم من خصوصيات السبب أو المسبب، وحينئذٍ يقال: کيف يعقل کفايه الشک فى الاستصـحاب مع احتمال أن يکون الشک فى المقتضى - لاحتمال کونهما من خصوصيّات المسبب - والشيخ لا يرى جريان الاستصحاب معه.

والـذى أظنّ: أن غرضه قدّس سـرّه: أنّ الشک فى المقتضـى هو من باب التخصـيص اللّبى، ففى موارد التخصـيص اللبّى لابدّ من إحراز المخصّـص کى لاـ يتمسّک بالعام، ومع الشکّ فى تحقّق عنوان المخصّـص اللّبى يجوز التمسّک به. فمراده: إنه يکفى فى الإستصـحاب الشـکّ فى کـون الجـواز واللّزوم مـن خصوصـيات المسـبب أو السـبب المملّـک، مـع أنه على تقـدير کونهمـا من خصوصيّات المسبب، يکون الشک فى المقتضى، لأن

١- ١) انظر: المکاسب والبيع ١ / ١٦٨.

المخصّص المخرج للشك فی المقتضی لبّی لا لفظی، وحینئذٍ یتمسّک بعموم: لا تنقض الیقین بالشک، ویجری الإستصحاب مع الشک فی کونهما من خصوصیّات السّبب أو المسبّب.

لکنّ غیر واحدٍ من الأکابر اعترض علیه: بأنه لا معنی لأن یکون الشک المذکور کافیاً لجریان الإستصحاب، مع أنه بناءً علی کونهما من خصوصیّات الملک غیر جارٍ عنده، لأمره بالتأمّل، فیدور الأمر بین أن یکون من مصادیق مورد جریان الإستصحاب أو من مصادیق مورد عدم جریانه، فکیف یعقل کفایه الشک للجریان؟

والظاهر: أن مراد الشیخ، کما ذکرنا فی استصحاب القدر المشترک، من أنه إنما یتمّ لو کان الأثر مترتّباً علی القدر المشترک نفسه، فکذلک هنا، إذ الأمر فی الملکیّه یدور بین الجائزه حتی تکون مرتفعه واللّازمه حتی تکون باقیه، فإن استصحاب البقاء عباره أخری عن التعبّد بالملک اللّازم، وهذا غیر جائز، وحینئذٍ نقول: إن هذا المعنی - أی عدم جواز جریان الإستصحاب فی هکذا مورد - دلیل لبّی، وفی موارد الدلیل اللبّی فی مورد الشک یجری الإستصحاب.

ففی نفس الوقت الذی نشک فی أن الجواز واللّزوم من خصوصیّات السّبب أو الملک، نستصحب، لأنه فی مورد کونه من خصوصیّات الملک إنما لا یجری الإستصحاب بمقتضی الدّلیل اللّبی، ولمّا کان مورد الدلیل اللبّی غیر محرز، فالإستصحاب جار.

الثانی: هو الوجدان، إذ أن الهبه اللّازمه والجائزه علی نسقٍ واحد.

یرید: أنّ اللّزوم والجواز لو کانا من خصوصیّات الملک، لوقع الاختلاف فی مقام الإنشاء، فهما لیسا من خصوصیّاته بل من الأحکام الشرعیّه للسبب.

ص:۲۳۳

وفيه: إنه لو كانا من خصوصيّات السبب، لزم ترتّب الأثر على الإنشاء المجمل.

الثالث: إنهما لو كانا من خصوصيّات الملک، فلا محاله يكونان زائدين على مفهوم الملكيه، وحينئذٍ يقال: هل هذه الزياده هى بجعلٍ من المالک أو من الشارع؟

إن كان من المالک، لزم القول بأنها - أى الملكيه - فى مورد قصده الرجوع، جائزه، وفى مورد قصده عدم الرجوع لازمه، وهى فى موردٍ لا قصد عنده لا لازمه ولا جائزه، فيدور أمر اللّزوم وعدمه مدار قصد المالک.

وعليه، فلو قصد الرجوع فى الهبه لذى رحم كانت الملكيه جائزه، والحال أن الهبه لذى رحم لازمه بالضروره من الفقه، وهى للأجنبى جائزه كذلک، سواء قصد الرجوع أوْ لا.

فالخصوصيّتان لا يناطان بقصد المالک.

وإنْ كان بجعلٍ من الشارع، بأن يختلف اعتباره للملكيه، لزم عدم تبعيّه العقود للقصود، وهذا محال، لأنّ العقود كلّها إمضائيه، والإمضاء يكون دائماً على طبق الممضى، ولا تختلف دائرته عن دائرته.

وقوله:

وأمكن القول بالتخلّف هنا فى مسأله المعاطاه...

سهو من قلمه الشريف، لأن المعاطاه إنْ لم تفد الملک جاز التخلّف، بأنْ يقصد الملک والشارع لا يمضى، لكنَّ البحث هنا فى اللّزوم وعدمه على مبنى إفادتها للملكيه، وحينئذٍ فلا معنى للتخلّف(١).

ص:٢٣٤

وتحصّيل: إن اللّزوم والجواز ليسا من خصوصيّات الملك، بل هما حكمان شرعيّان تكليفيّان مولويّان، وعليه، فالمستصحب هو شخص الملك - لا الجامع بين الجواز واللّزوم - إنْ شک فی بقاء ملكيّه الآخذ بالمعاطاه برجوع المالك الأوّل فيما أعطاه، فيفيد بقاء الملكيه وعدم تأثير الرجوع.

قوله:

وبالجمله، فلا إشكال فی أصاله اللزوم فی كلّ عقد شک فی لزومه شرعاً(١).

ص:٢٣٥

وكذا لو شكّ فى أن الواقع فى الخارج هو العقد اللازم أو الجائز كالصلح من دون عوض والهبه.

نعم، لو تداعيا احتمل التحالف فى الجمله.

أقول:

إن أصاله اللّزوم أصل محكّم فى الشبهات الحكميّه والموضوعيّه معاً، فلو شكّ فى أنّ حكم الهبه المعوّضه هو اللّزوم أو الجواز، جرت أصاله اللّزوم، ولو شك فى أن الملك الحاصل بالمعاطاه جائز أوْ لازم، فهى جاريه كذلك، وهكذا فى كلّ موردٍ يشك فى الحكم من حيث اللّزوم وعدمه.

ص:۲۳۶

وکذا فی الشبهات الموضوعیّه، حیث یعلم بوقوع العقد ویشک فی أنّ الملکیّه الحاصله لازمه أو جائزه، فإنه یستصحب عدم ملکیّه الراجع عن الملکیّه، وهو مرادف لأصاله اللّزوم معنیً.

قال: لو تداعیا احتمل التحالف فی الجمله.

مقتضی القاعده الأولیّه أن یکون المدّعی هو من یدّعی الهبه، لأن مآل دعواه ثبوت حق الرجوع، وأن یکون مدّعی البیع منکراً، لأن مآل دعواه إلی إنکار حق الرجوع، وعلی المنکر الحلف، فإذا حلف تقدّم قوله. لکنْ قد یحتمل التداعی، إذ ربما یکون لکلٍّ من الدعویین أثر خاصٌ، ویدّعی کلّ منهما ترتیب الأثر، وحینئذٍ یقع التداعی. فقوله «فی الجمله» أی: فی بعض الأحوال، وهو ما أشرنا إلیه(۱).

ص:۲۳۷

فظهر أنه إن كـان النزاع - فى أن الواقع بيع أو هبه - بلحاظ الجواز واللّزوم، كـان من قبيـل المـدّعى والمنكر، ومقتضـى أصـاله اللّزوم تقدّم قول المنكر بيمينه، وإنْ كان بلحاظ أثر آخر، كان من قبيل التّداعى ولابدّ من التحالف.

وهذا تمام الكلام فى الاستدلال بالأصل للقول بلزوم المعاطاه.

الاستدلال بحديث السلطنه

قوله:

ويدلّ على اللّزوم - مضافاً إلى ما ذكر - عموم قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم:

النـاس مسلَّطون على أموالهم، فإن مقتضـى السـلطنه أنْ لا يخرج عن ملكيّته بغير اختياره، فجواز تملّكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسّلطنه المطلقه.

فاندفع ما ربما يتوّهم...

أقول:

الظاهر أن غرضه هو الاستدلال بحديث السّلطنه فى خصوص المورد وهو الشبهه الحكميّه، وإلّا فقاعده السّلطنه غير جاريه فى الشبهه الموضوعيّه حتى وإن دلّ الحديث على اللّزوم، فلو شكّ فى أن العقد الواقع بيع فلا رجوع أو هبه فله ذلك؟ لم يتمسّك بعمومه، لكونه من التمسّك بالعامّ فى الشبهه المصداقيّه للمخصّص، لضروره خروج الهبه عن تحت

العامّ، والمفروض هو الجهل بالعقد الواقع وأنه مصداق للخارج أو للبيع الباقى تحته.

فمراده من «يـدلّ على اللّزوم» أى فى خصوص الشبهه الحكميّه، - بخلاف الإستصحاب حيث كان يجرى فى كلتا الشبهتين - ووجه التمسّک به هو:

إنّ الحديث يدلّ على السّلطنه بقولٍ مطلق، بمعنى أنّ جميع شئون السّلطنه وأنحائها ثابته لصاحب المال ومنها منع الغير عن المزاحمه معه فيها، ولازم ذلک عدم تأثير تلک المزاحمه فى ملکيّته له، فلا أثر لرجوع المعطى، وهو المقصود من اللّزوم.

هذا، ولا يصحّ التمسّک به بتقريب: أنه يدلّ على السّلطنه فى جميع الأحوال والأزمنه، ومن ذلک زمان وحال رجوع المالک فيما انتقل عنه. إذ يرد عليه: إنّ موضوع السّلطنه كما هو ظاهر كلمه «أموالهم» هو المال المضاف إلى الناس بإضافه الملکيّه، فلابدّ من لحاظ حيثيّه «مالهم»، وعندما يرجع المعطى فيما أعطاه، نشکّ فى خروج المال وعدم خروجه عن كونه ملكاً للآخذ، فالموضوع مشكوک فيه، والتمسّک بالحديث من أجل إثبات عدم الخروج، تمسّک بالحكم فى حال عدم إحراز موضوعه. فالقول بعموم الحديث للأزمنه والأحوال تام، إلّاأنه لا يصلح لإثبات الموضوع فى المقام.

وأمّا الإشكال: بأن معنى الحديث: أنّ الناس غير محجورين من التصرّف فى أموالهم، ولا مساس له بهذا البحث، كما فى تعليقه المحقق الخراسانى (۱).

ص:۲۳۹

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۱۴.

فقـد تقـدّم الجواب عنه، بـأن الحـديث مسوق لإثبـات السّـلطنه، ومعناهـا التمكّن من الشـىء عن قهر، فهو يفيـد القاهريّه وهو أمر وجودى وليس فى مقام النفى، نعم، لازم القاهريّه عدم المحجوريّه.

والمهمّ مـا أورده بعض الأكـابر بمـا توضـيحه: إنّ الموضوع فى الحـديث هو «أموالهم»، ومـادام هـذا الموضوع ثابتاً فالحكم وهو «السّـلطنه» موجـود، وإذا كـان للطرف المقابـل حـق التملّـك، فـذاك إخراج موضـوعى، ولاـ مزاحمـه أبـداً بيـن دليـل الإـخراج الموضـوعى والحكم المـترتب على الموضوع، ولـذا، فقـد تقرّر فى الأـصول أنه لو قـال: أكرم العلمـاء، وجب إكرام زيـد وعمرو وبكر... فلو قال: لا تكرم زيـداً، وقع التعارض وتقـدّم على العام إذا كان أظهر منه وإلّا فلا، أمّا لو قال: زيد ليس بعالم، فإنه يتقدّم عليه حتى وإنْ كان أضـعف منه ظهوراً، لأنّه يزاحمه فى الموضوع ورافع له. وأيضاً، فقد تقرّر تقدّم الأصل السـببى على المسبّبى بـالحكومه، والسرّ فى ذلـك أنه رافع للموضوع فى المسببى. وأيضـاً، تقرّر أنّ الأمـاره وارده أو حاكمه على الأصل، وذلك لأن موضوع الأصل هو الشك والأماره رافعه له، ولذا لا يقع التزاحم بين الأصل والأماره أبداً.

وعلى هذا، فمدلول الحديث أنه ما دامت الإضافه الملكيّه موجودهً، فالسلطنه ثابته، أمّا لو قام الدليل على جواز الترادّ فى المعاطاه، أفاد أنّ للمعطى أن يرفع عنوان «أموالهم»، أى الإضافه الحاصله للآخذ بالمعاطاه، فيكون مقدّماً على السّلطنه بالحكومه أو الورود.

والحاصـل: عـدم دلاله الحـديث على إبقاء الإضافه، لأنّ الحكم لا يتكفّل الموضوع لا حـدوثاً ولا بقاءً، ومع عـدم الموضوع وهو «أموالهم» – كما تقدّم – لا وجه للمزاحمه.

ص: ۲۴۰

أقول: وهذا الإشكال دقيق، إلّاأنّ الإنصاف عدم وروده كذلك، لأنّ مفاد الحديث حكم وضعى، لأنه اعتبار للسّلطنه على أموالهم، وقد عرفت أن المراد منها ثبوت جميع مراتبها، فإذا رجع المالك الأوّل، هل تتحقّق الملكيّه له فى ذلك الآن أو فى الآن المتأخر عنه؟ إنه لا ـ ريب فى أن الملكيّه مسبّبه عن الرجوع، فهو فى مرتبهٍ سابقه عليها، وعنوان «أموالهم» فى تلك المرتبه محفوظ والقاهريه موجوده، وحينئذٍ تتحقق المزاحمه بين مدلول الحديث والرجوع، ويكون الحديث مانعاً عن تأثيره.

وتلخّص: تماميّه الاستدلال بالحديث على الوجه الذى ذكره الشيخ(١).

الإستدلال بروايه: لا يحلّ مال امرئ

قوله:

ومنه يظهر جواز التمسّک بقوله علیه السّلام: لا يحلّ مال امرىء إلّاعن طيب نفسه. حيث دلّ على انحصار سبب حلّ مال الغير أو جزء سببه فی رضا المالک، فلا يحلّ بغير رضاه. وتوهّم: تعلّق الحلّ بمال الغير، وكونه مال الغير بعد الرجوع أوّل الكلام. مدفوع بما تقدم، مع أنّ تعلّق الحلّ بالمال يفيد العموم...

أقول:

الموجود فی الأخبار: «لا يجوز لأحدٍ أنْ يتصرّف فی مال غيره بغير إذنه» وفی روايه: «لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّاعن طيب نفسٍ منه» وفی ثالثه:

«لا يحلّ دم امرىء مسلم ولا ماله إلّابطيبه نفسه»(١).

ص:٢۴٣

ووجه الاستدلال - كما ذكر الشيخ - إن حليّه مال الشخص لغيره منوطه بطيب نفس صاحب المال، فليس للمالك الأوّل الرجوع فى مال بدون طيب نفس الآخذ واسترجاعه منه: وليس الاستدلال بعموم الخبر بمعنى: أنّه لا يحلّ فى جميع الحالات والأزمنه، حتى يقال: بأن التمسّک بالحديث مع الشک فى بقاء الإضافه المالکيّه بعد رجوع المالک الأوّل، من التمسّک بالعامّ فى الشبهه المصداقيه، بل إنّ مفاد الخبر: انحصار سبب الحليّه بطيب النفس، وعليه، فليس للمالک الأوّل حليّه فى المال إلّابطيب نفس الآخذ. وبعبارهٍ أخرى: إذا حصلت المعاطاه وتحقّقت الإضافه الملکيّه للآخذ وكان مصداقاً

ل«مال امرىء»، كان رجوع المعطى تملّكاً للمال بدون رضا المالك. وقول الشيخ فى دفع التوهّم: «مع أنّ...» معناه: عدم نفوذ التصرّف وعدم حليّه التملّك، فهو يعمّ الحكمين: الوضعى والتكليفى، فليس لأحدٍ إخراج المال عن ملكيّه صاحبه.

أقول:

ليس المراد هو الحليّه اللغويّه، لتكون أعمّ من التصرّف والتملّك، لأنّ قوله عليه السّلام: لا يحلّ... قد وقع فى حيّز الإنشاء، وهو إمّا إنشاء للحكم التكليفى أو إنشاء للحكم الوضعى، فالمراد أحد الحكمين، فإنْ كان الحكم التكليفى، عاد الإشكال، إذ التصرّف فى مال الغير لا يجوز، والرجوع يخرج الملك عن كونه للغير، وإنْ كان الحكم الوضعى، تمّ الاستدلال، إلّاأنه لا دليل على تعيّنه.

وبعباره أخرى: إنّ الظاهر كون الاستدلال بما روى عن صاحب العصر عجّل اللّه فرجه من أنه «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف...» فإن كان المراد الجواز التكليفى، فهو أجنبى عن البحث، وإن كان المراد الجواز الوضعى ليدلّ على لزوم ما يشكّ فى لزومه وجوازه، فلا إشكال فيه، لكن تردّد الخبر بين المعنيين مانع من الاستدلال.

وتلخّص: إنه لا يعمّ الحكمين، خلافاً للشيخ.

وقد يمكن توجيه الاستدلال بأنه: لا مجال مع إسناد عدم الحليّه والجواز إلى المال لتقدير لفظ التصرّف ونحوه، وعدم حليّه المال عباره عن عدم تملّكه، فهو ظاهر فى الحكم الوضعى بلا ترديد.

والإنصاف: أن الاستدلال بالخبر مشكل، لأنّه مبنيٌّ على أن تكون الحليّه وضعيّه، مع أنّ التكليفيه أيضاً مراده يقيناً، فيكون اللّفظ الواحد مستعملاً فى

معنیین متباینین، وهو محال. هذا أوّلاً.

وثانیاً: إن الحکم – وهو «لا یحلّ» – لا یکون حافظاً لموضوعه، وهو الإضافه المالکیّه المدلول علیها بقوله: «مال امرئ».

الاستدلال بالآیه «لا تَأْکُلُوا...»

قوله:

ویمکن الاستدلال أیضاً بقوله تعالی: «لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلاّ أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ» (۱). ولا ریب أنّ الرجوع لیس تجاره ولا عن تراض، فلا یجوز أکل المال.

والتوهّم المتقدّم فی السّابق...

أقول:

إن الأکل کنایه عن التصرّف التملّکی، فلا یجوز فی المعاملات إلّاأن تکون تجارهً عن تراض، فإذا وقعت المعامله وأصبح الطرف المقابل مالکاً، لم یجز للمعطی الرجوع أو الفسخ والتملّک لما أعطاه، إلّاأن تکون تجاره عن تراض.

والتوهّم السابق جارٍ هنا، بأنْ یقال: لِمَ لا یکون رجوعه جائزاً وموجباً لخروج المال عن کونه للغیر؟ فأجاب الشیخ:

لأنّ حصر مجوّز أکل المال فی التجاره إنما یراد به أکله علی أنْ یکون ملکاً للآکل لا لغیره.

أی: نستدلّ بجمله المستثنی الدالّه علی انحصار الأکل التملّکی فی

۱– ۱) سوره النساء: ۲۹.

التجاره عن تراض، فإذا لم تكن، كذلک کان التملّک أکلًا بالباطل، فالرجوع لا عن تراض منهیٌّ عنه.

وقال السیّد فی التعلیق علی قول الشیخ: «والتوهّم السابق جارٍ هنا» قال:

یعنی مع دفعه (۱).

أقول: لقد کان التوهّم السابق أنه لا دلاله علی اللّزوم، لأنه بالرجوع والفسخ یرتفع الموضوع وهو کون المال للغیر، وکلّ حکم یدور مدار ثبوت موضوعه ولا ـ یعقل أن یکون مثبتاً له، لا حدوثاً ولا بقاءً، ولا منافاه بین خروج المال عن کونه للغیر بنحوٍ من الأنحاء، سواء کان بالرجوع أو الفسخ أو غیر ذلک، فهی ناهیه عن أکل مال الغیر بالمعنی الأعمّ من التصرّف فیه وتملّکه، إلّابالتجاره عن تراض.

لکنّ شیخنا الأستاذ قال: وفی بعض النسخ المصحّحه: والتوهّم المتقدّم فی السابق غیر جارٍ هنا (۲).

أقول: وهذا لیس ببعید، لأن مساق کلام الشیخ: إن هذا أکل بنحو التملّک، والآیه تحصر الأکل کذلک بأنْ یکون تجاره عن تراض. والحاصل:

إن الرجوع والفسخ لیس من التملّک عن تراض، فهو غیر جائز ونافذ.

قوله:

ویمکن التمسّک أیضاً بالجمله المستثنی منها... .

أقول:

ویمکن التمسّک أیضاً بالجمله المستثنی منها، فإنه - بقتضی الفهم العرفی - یکون الرجوع فی المال بغیر رضا المالک تصرّفاً وأکلًا بالباطل.

ص:۲۴۷

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۳۵۹.

۲- ۲) حاشیه المکاسب ۱ / ۱۴۱.

قوله:

نعم، بعد أنْ أذن المالک الحقیقی وهو الشارع... .

أقول:

اللّهُمَّ إلّافی کلّ موردٍ أذن الشارع فیه بالتصرّف، کما فی خیار المجلس، فإنّه - لولایته العامّه المطلقه - قد أذن لکلٍّ من المتعاملین بفسخ المعامله ما داما فی المجلس وإنْ لم یرض الطرف الآخر، وکذا فی خیار الحیوان، حیث جعل للمشتری السّلطنه علی فسخ المعامله إلی ثلاثه أیام وإنْ لم یرض البائع، وکذا فی الشفعه، حیث یکون للشریک تملّک الحصّه المبیعه بدفع ثمنها للبائع وإنْ لم یرض المشتری.

قال:

ولذا کان أکل المارّه من الثمره الممرور بها أکلاً بالباطل، لولا إذن المالک الحقیقی.

وبالجمله، فإنه فی الموارد التی جعل صاحب الولایه الخیار أو السّلطنه علی الرجوع، تکون الآیه المبارکه مخصّصهً، أمّا فی غیرها، فهی دالّه علی عدم الجواز.

فهذا وجه الإستدلال، والإنصاف أنه لا بأس به(۱).

ص:۲۴۸

الاستدلال بأدلّه خيار المجلس

قوله:

مضافاً إلى ما دلّ على لزوم خصوص البيع مثل: قوله صلّى اللّه عليه وآله وسلّم: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا.

أقول:

إنّ التعـاطى بيع بالحمـل الشـائع، فالمتعاطيان بيّعان، فلهما الخيار ما لم يفترقا، وإنْ كان هـذا الخيار قهراً عليهما من الشارع، إلّاأنه محدود بما دام كونهما فى المجلس، فإذا افترقا فلا خيار لهما ووجب البيع.

فالخبر يدلُّ على أنْ لا تأثير للرجوع بعد التفرّق من المجلس، وهذا هو اللّزوم.

نعم، هـذا الاسـتدلال يتوقف على أن يكون «الخيـار» فى الخبر أعمّ من فسـخ العقـد والترادّ، أمّا لو قيـل بـأنّ المراد منه خصوص الفسخ فقط، أشكل الاستدلال به لمنع الرجوع فى المعاطاه، إلّاأنه يمكن دفعه بتنقيح المناط.

فلا بأس بالاستدلال بالخبر للزوم المعاطاه.

الاستدلال بالآيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

قوله:

وقد يستدلّ أيضاً بعموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناءً على أنّ العقد هو

مطلق العهد كما فى صحيحه عبد اللّه بن سنان، أو العهد المشدّد كما عن بعض أهل اللغه. وكيف كان، فلا يختصُّ باللّفظ، فيشمل المعاطاه.

أقول:

فى تفسير الصافى (۱) عن القمى رحمه اللّه عن الصّادق عليه السّلام:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أى: بالعهود.

ونقل الشيخ عن بعض أهل اللّغه أنّ العقد هو العهد المشدّد (۲).

وفى المفردات: العقد: الجمع بين أطراف الشىء، ويستعمل ذلک فى الأجسام الصّلبه، كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلک للمعانى، نحو عقد البيع والعهد وغيرهما... (۳).

وعلى الجمله، فإن العقد هو العهد المرتبط والمشدود بعهدٍ آخر، ولا منافاه بين ذلک المذكور فى الكتب اللّغويّه وما جاء فى النصّ الصحيح.

وممّا يشهد بذلک إسناد «الوفاء» بالعهد فى موارد كثيره من القرآن الكريم، قال تعالى: «أَوْفُوا بِعَهْدِى أُوفِ بِعَهْدِكُمْ» (۴) و «وَ أَوْفُوا بِعَهْدِ اللّهِ إِذا عاهَدْتُمْ» (۵) و «بَلى مَنْ أَوْفى بِعَهْدِهِ وَ اتَّقى» (۶) و «الْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذا عاهَدُوا» (۷)إلى غير ذلک.

فهل المعاطاه عقد؟ وما المراد من الوفاء؟ وهل هذا الأمر إرشادى أو

۱- ۱) تفسير الصّافى ۲ / ۵ عن تفسير القمى ۱ / ۱۶۰.

۲- ۲) لسان العرب ۹ / ۳۰۹.

۳- ۳) المفردات فى غريب القرآن: ۳۴۱.

۴- ۴) سوره البقره: ۴۰.

۵- ۵) سوره النحل: ۹۱.

۶- ۶) سوره آل عمران: ۷۶.

۷- ۷) سوره البقره: ۱۷۷.

مولوى؟ وعلى الثانى وضعى أو تكليفى؟

قيل: العقد – وهو عباره عن العهد المشدّد أو الميثاق المبرم – يعتبر أن يكون باللّفظ، والمعاطاه لا تسمّى عقداً.

ولكنّ كلّاً من اللّفظ والفعل يصلح لأنْ يكون مظهراً للميثاق الذى تقرّره النفس الناطقه الإنسانيه، والمفروض هو المعاطاه الحاصله بقصد التمليك، فكلّ من الطرفين يقرّر أن يكون ماله للآخر، أو فقل: البائع يقرّر بالمعاطاه أن يكون ملكه للمشترى بعوض، وذاك يقبل بأخذه الشىء ويدفع العوض وفاءً.

وعلى الجمله، فإنّ العقد بالمعنى المذكور فى الروايه واللّغه، صادق على المعاطاه.

وأمّا الوفاء، فهو عباره عن ترتيب أثر المقتضى على طبق اقتضائه على وجه الكمال والتمام، فى مقابل النقض أو النقص.

وربما يتوهّم: أن المقتضى – وهو التمليك والتملّك – أثره هو التسليم والتسلّم، فيكون «أوْفوا» أمراً بتسليم ما ملّكه.

لكنه يندفع: بأن الأمر بالوفاء فى الآيه مطلق، وإطلاقه يعمّ جميع الآثار، ومنها التسليم والتسلّم، فمن ملّك غيره شيئاً وجب عليه تسليمه ما ملّكه، لكنَّ عدم التصرّف فى مال الغير وتوقّفه على الإذن من الآثار كذلك، فالآيه غير ظاهره فى خصوص التسليم والتسلّم.

وربما يتوهّم أيضاً: أن إيجاب الوفاء بالعقد يدور مدار ثبوت العقد ووجوده، والرجوع والفسخ يحلّ العقد فلا يبقى موضوع للوفاء، فالآيه غير دالّه على لزوم العقد.

والظاهر: أن هذا التوهّم قد نشأ من أخذ العقد فى الآيه بالمعنى الاسم مصدرى، لكنه بالمعنى المصدرى، لأن الإنسان يملّك الشىء عند ما ينشىء

العقد لفظاً أو فعلاً، وقولنا: هذا العقد باق، اعتبار. والبقاء الاعتبارى غير العقد الذى وجد فى الخارج.

فمعنى الآيه المباركه: إن العقد الذى حققتموه فى الخارج يجب عليكم الوفاء به، وليس معناها أن الأمر الاعتبارى الذى جعل له البقاء اعتباراً يجب الوفاء به، حتى يقال بارتفاعه بالرجوع أو الفسخ. وبالجمله، فإنّ ارتفاع الموضوع بما ذكر إنما يتمّ لو كان المراد من العقد فى الآيه هو المعنى الاعتبارى الاسم مصدرى الذى يعتبر له البقاء، وقد عرفت أن المراد منها ليس إلّاالمعنى المصدرى، وحينئذٍ، يكون الشيء للطّرف ولا يجوز المعارضه معه بوجهٍ، والرجوع نقضٌ للعهد ومخالف للوفاء، فهو منهيٌّ عنه.

وأمّا أن الأمر فيها إرشادى أو مولوى؟ فقد كان للميرزا الاستاذ رحمه اللّه قاعده كليّه فى أنّ الأوامر المتعلّقه بالعبادات لها ظهور ثانوى فى الجزئيّه والشرطيّه، فقوله: إركع، إرشاد إلى أن الركوع جزء من الصّلاه، وقوله:

توضّأللصّلاه، إرشادٌ إلى شرطيّته لها، وكذا الكلام فى النواهى، فقوله: لا تصلّ فى الحرير، لا تصلّ فيما لا يؤكل لحمه، إرشاد إلى المانعيّه.

وأمّا فى المعاملات، فالأمر والنهى بيان لاعتبار وجود خصوصيّهٍ أو عدم وجودها، فإذا قال: لا تغرّ فى البيع، كان المعنى: أن الغرر مفسد للبيع، وإذا قال: بع بالكيل، كان المعنى: إن الكيل شرط.

وعليه، فالآيه المباركه إرشادٌ إلى صحّه العقود وأنها مؤثره شرعاً، وعليه، فلا دلاله لها على اللّزوم.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعده على ما ذكره بنحو الإطلاق، وقد كنّا نخالفه فى الدرس ونقول: بأنّ رفع اليد عن ظاهر الكلام فى المولويّه لا يكون إلّابالقرينه، فلولا القرينه على الإرشاديه، فإن مقتضى القاعده إبقاؤه

على الظهور الأوّلى فى البعث والزجر.

وقـد أوجب الشّـارع بالآـيه المبـاركه ترتيب الأثر على العقـد ترتيباً كاملاً، وهو يـدلّ بالالتزام على الصـحّه، إذْ لا يعقل أنْ يكون الشـىء الفاسـد يجب الوفـاء به وترتيب الأـثر عليه، وإذا دلّت الآـيه على الصـحّه، أمكن القول بـدلالتها على اللّزوم، لأنه مقتضـى إطلاق الأمر بالوفاء، أى: فى جميع الآثار والأزمنه والحالات، فالعقد لازم سواء فسخ أو رجع أوْ لا.

فالأمر فى بدو الأمر حكم تكليفى، ويدلّ بالالتزام على الصحّه، وهو من جهه الإطلاق، يدلّ على وجوب ترتيب الآثار كلّها، وهذا معنى اللّزوم.

وكان الميرزا الاستاذ يقول: بأنّ قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بنفسه اعتبارٌ للحكم الوضعى، أى اللّزوم.

وهذا وإنْ كان جائزاً، بأنْ يكون من باب ذكر اللّازم وإراده الملزوم، لكنْ لا دليل عليه، بل الصّحيح ما ذكرناه.

وتلخص: أنّ الآيه تدلّ على أنّ كلّ عقد شك فى جوازه ولزومه، فهو لازم، وشمولها للمعاطاه موقوف على صدق «العقد» عليها، وقد تقدّم بيان ذلك.

لكنَّ شـيخنا الميرزا كان يقول: بأنها تـدلّ على اللّزوم فى العقود اللّفظيّه فحسب، ولا تشـمل المعاطاه لعدم كونها عقداً، وتوضـيح كلامه قدسّ سره يتمُّ ضمن امور:

١ - إن تمليك الشـىء مع الالتزام بـذلك بعـدم نقضه هو العهد، ولولا هذا الالتزام القلبى لم يصدق عليه عنوان العقد، بل يكون مجرَّد مبادله مالٍ بمال، فالعقديّه منوطه بجهه الالتزام القلبى الباطنى المذكور.

٢ - والأمور الباطنه لا يترتب عليها أثر ما لم تبرز خارجاً، ولذا لا أثر للنّيات و العزائم المجرّده.

ص:٢٥۴

٣ - والدلاله الالتزاميّه من أحكام الألفاظ، وأمّا الأفعال فلا دلاله لها.

وعلى ما ذكر، فلو أنشأ مبادله مالٍ بمالٍ باللّفظ، دلّ بالالتزام على الأمر الباطنى المزبور، ولذا يسمّى بالعقد، وأمّا لو أنشأ ذلك بالفعل الخارجى، فقد حقّق المبادله، لكنّ الدلاله الالتزاميّه غير موجوده، فلا تسمّى بالعقد وإنْ كانت تمليكاً.

لكنّ التحقيق: إن العقد عباره عن الإرتباط بين الشيئين، وهو العهد، ولمّا كان التمليك من الأمور الإنشائيّه الناشئه من النفس الإنسانيّه الناطقه، كان عهداً من العهود، ولا حاجه معه إلى عهدٍ والتزامٍ زائد.

وقوله رحمه اللّه: بأنّ العقد له مدلولان: مطابقى، وهو عباره عن مضمون العقد الذى ينشؤه العاقد كمبادله مالٍ بمال الذى هو البيع، والتزامى، وهو عباره عن التعهّد والالتزام بالمضمون.

فيه: أنه إذا كانت العهديّه بلحاظ أنّ مبدء الإنشاء الصّادر هو ما فى الضمير، وأنّ التمليك الذى يحقّقه إنما هو مقتضى عزمه والتزامه، فحينئذٍ لا ـ فرق بين أن يكون المظهر له قولاً ـ أو فعلاً ـ وسيأتى فى مباحث الخيار - فى أنه إذا شرط فى ضمن العقد وتخلّف الشرط - : أنّ التحقيق ثبوت الخيار وعدم بطلان العقد، لأنّ التمليك الحاصل من البائع - مثلًا - يشتمل على التزام باطنى بما فعله، والدليل على ذلك هو ظاهر الحال لا اللّفظ، خلافاً للاستاذ قدّس سرّه، وشرط الخيار يرتبط بظاهر الحال، لا أنّ الملكيّه منوطه بالشرط حتى تنتفى بانتفائه ويبطل العقد، بل الالتزام منوط به، فيكون العقد على حاله مع ثبوت الخيار(١).

الاستدلال بالحديث: المؤمنون على شروطهم

قوله:

وكذلك قوله صلّى اللّه عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم، فإنّ الشرط لغةً مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللّفظ.

أقول:

تقريب الاستدلال - سواء كان لفظ الحديث: «المؤمنون» (۱) أو «المسلمون» (۲) - أن المؤمن إذا اشترط شرطاً يقف عنده ولا يتخلَّف عنه، وهذا هو المدلول المطابقى، وهو حكم تكليفى ظاهراً، فيجب الوفاء بالشرط ولا يجوز رفع اليد عنه.

والقول بأنه (۳) كنايه عن صحّه الشرط أو لزومه: خلاف الظاهر.

إنما الكلام فى الصغرى، إذ المعاطاه بيع، ولكنْ هل البيع شرطٌ حتى يجب الوقوف عنده؟

قد اختلفت كلمات أهل اللّغه فى معنى الشرط، فقيل: هو الإلزام والالتزام، وقيل: العهده، وقيل: التعليق، وقيل: الربط. وفى القاموس: قرار

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۵ / ۳۰، الباب ۲۰ من أبواب المهور، الرقم: ۴.

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸ / ۱۶، الباب ۶ من أبواب الخيار، الرقم: ۱.

۳- ۳) حاشيه المكاسب للإصفهانى ۱ / ۱۴۸.

يرتبط بالبيع، ولا يبعد أن يكون الأوّل، ولذا يقال فى التكوينيّات: الشرط فى نموّ النبات شروق الشمس عليه، أو الشرط فى تحوّل الماء بخاراً إصابه النار.

أى يلزم ذلك.

وبعباره اخرى: اللّزوم تاره: تكوينى، فيقال: شرط المشى كذا، وشرط الجلوس كذا، وشرط الطبخ كذا... واخرى: جعلى، فيقال: الوضوء، ستر العوره، الاستقبال، شرط للصّلاه... فالصّلاه مرتبطه بهذه الامور، وثالثه:

اللّزوم الحاصل بحسب الجعل، بأنْ يقيّد المتعاقدان التزامهما بالبيع - مثلًا - بشىء كخياطه الثوب.

وعلى ما ذكر، فإن كان الالتزام الابتدائى مصداقاً للشرط، كان البيع شرطاً، إلّاأنّ ذلك غير ثابت لغةً، بل القدر المتيقَّن من الشرط أن يكون العمل مرتبطاً بعملٍ آخر، فيتحقّق اللّزوم والالتزام بين العملين.

فظهر: أن صدق عنوان «الشرط» على «البيع» غير واضح، ففى الاستدلال بالحديث على لزومه نظر(۱).

ص:۲۵۹

فی دعوی الإجماع علی عدم اللّزوم؟

قوله:

والحاصل أنّ الحکم باللزوم... . إلّاأن الظاهر فیما نحن فیه قیام الإجماع علی عدم لزوم المعاطاه... .

أقول:

والحاصل: إنه کلّما شک فی لزومه وجوازه، فإنه یبنی علی لزومه بلا ریب.

إلّا أن فی خصوص المعاطاه – مع کونها بیعاً مفیداً للتملیک – دعوی الإجماع علی عدم اللّزوم، وقد ذکر الشیخ بعض الکلمات.

والإجماع فی المقام تارهً: بسیطٌ قد ادّعاه بعض الأساطین (1) وجامع المقاصد (2)، وادّعیا أن لکلٍّ من الطرفین الرجوع. واخری: مرکّب، لأن

1- 1) شرح القواعد 2 / 15.

2- 2) جامع المقاصد 5 / 309.

الأصحاب بين قائل: بأنّ المعاطاه تفيد الملک، وقائل: بأنها لا تفيده، فالقول بأنها تفيد الملک اللّازم إحداث لقول ثالث.

إلّا أنّ الإجماع المركّب، إنما يتحقّق - كما تقرّر فی محلّه - فيما إذا كان للقولين دلاله التزاميّه على نفی القول الثالث، وإلّا فلا أثر لكون الأمّه على قولين، ولا مانع من إحداث القول الثالث، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وبعباره اخرى: إنه مع عدم الدلاله الالتزاميّه على نفی الثالث، يكون الفقهاء ساكتين عنه، فيكون حكمه حكم الإجماع السكوتی الذی لا كاشفيّه له عن رأی المعصوم أو الدليل المعتبر، ولا يوجد فی المقام هذا الاستكشاف الذی هو ملاک الحجّيه، كما لا يخفى.

وأمّا دعوى الإجماع البسيط ففيها:

أوّلاً: لقد ذكر العلامه: أنّ الأشهر عندنا أنه لابدّ من الصّيغه، وهذه العباره - كعبارتيه فی المختلف والتحرير (۱) - ظاهره فی عدم تحقّق الصغرى.

وثانياً: سلّمنا، لكنّه إجماع منقول، وهو ليس بحجّه.

وقال الشّيخ: إن المظنون قويّاً تحقّقه على عدم اللّزوم... .

ومجرّد الظنّ بالإجماع - ولو كان حجةً - ليس بحجّه.

فی دعوى السّيره على عدم اللزوم؟

قوله:

بل يمكن دعوى السّيره على عدم الاكتفاء فی البيوع الخطيره التی... .

أقول:

الإنصاف عدم الفرق - فی السيره المتعارفه بين العقلاء - بين الامور

۱- ۱) تذكره الفقهاء ۱۰ / ۷، مختلف الشيعه ۵ / ۵۱، تحرير الأحكام ۱ / ۱۶۴.

الخطیره والمحقّره.

وقوله: نعم، ربما یکتفون بالمصافقه... .

فیه: إن لفظ بارک اللّه لک ونحوه، لیس إنشاءً للتملیک، فإذا کانوا یکتفون بـذلک، فهم بالمعاطاه ینشأون التملیک، والمصافقه وقولهم ذلک یکون بعد الإنشاء.

وقوله: بل ینکرون علی الممتنع عن الرجوع... .

فیه: إن الأمر لیس کـذلک، بل یقال للراجع أنک قـد بعت وقضـی الأمر فلا ترجع، ولذا نری أن الراجع یلتمس من الطرف الآخر الموافقه علی الترادّ.

وتلخص: أنْ لا مشکله من ناحیه الإجماع والسیره.

وأنّ الأدله علی لزوم المعاطاه محکّمه.

وقد ذهب شیخنا المیرزا إلی أنّ مقتضی القاعده عدم لزوم المعاطاه، فقال بأنّ الجواز أو اللّزوم:

تـارةً: حکم شـرعی، فالشـارع هو الحـاکم بلزوم العقـد أو جوازه بمقتضـی الملاک، وفی مثله لا یعقل ارتفاع الحکم أو تحقّق ما یخالف الحکم الشـرعی من المتعاقـدین، ومن ذلک عقـد النکاح وعقـد الضـمان وجمیع موارد الإیقاعات إلا ما شذّ من اللّوازم، وکالهبه غیر المعوّضه ولغیر ذی رحم، ونحو الهبه من موارد العقود الجائزه بحکم الشرع.

واخری: حقّی، بـأنْ یکون له الحق فی الرجوع أوْ لاـ یکون له ذلـک، وهـذا قـد یکون بجعـلٍ من الشـارع، وقـد یکون بجعلٍ من المتعاقدین.

والقاعـده الکلّیه هی: أنه کلّما لا یقبل الإقاله، فلا یقبل الخیار وحقّ الرجوع، وکلّما یکون قابلًا لـذلک بجعلٍ من الشارع أو منها، فهو قابل للخیار والرجوع.

ثم قال:

إن المتعاملين لمّا يملّكان المال، فكلٌّ منهما يملّك الآخر التزامه بما أنشأه ويكون مسلّطاً عليه، إلّاأنْ يرفع يده عن تسلّطه، وهذا هو الإقاله، ولو اشترط الخيار، فإنْ كان لكلٍّ منهما، فلا تمليك للالتزام، وإنْ كان لواحد، كان من له الخيار مالكاً لالتزام نفسه دون الآخر الذى لم يشترط له الخيار، فإنّ التزامه ملك للطرف.

وعليه، ففى مورد الالتزامات الحقّيه، إذا لم يكن دليل على الّلزوم الحقّى من ناحيه الشارع، فلابدّ من الدليل عليه من ناحيه المتعاملين، فإنْ كان الإنشاء لفظيّاً، دلَّ بالالتزام على تسليطه الطرف الآخر على التزامه بالمنشَأ، وأما إنْ كان التمليك بالتعاطى، فلا توجد تلك الدلاله، وتبقى المعامله قابله للإقاله والتراد، ولا دليل على لزومها.

فمقتضى القاعده: عدم لزوم المعاطاه.

أقول:

إنا لو سلّمنا جميع المقدّمات، فإن الدليل الشرعى قائم على لزوم المعاطاه إذا افترقا، وهو قوله عليه وآله الصّلاه والسّلام: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع.

وبعد التنزّل، فالإستصحاب.

فالمعاطاه - بما هى هى - على تقدير التسليم بالمقدّمات، وسنتكلّم عليها فى الخيارات - غير مقتضيه بنفسها الّلزوم الحقّى والحكمى، ولكنْ حيث لا دليل على جوازها، فإنّ مقتضى الأدلّه والإستصحاب أنها الملك الّلازم، ويكون القول بالجواز محتاجاً إلى الدّليل. واللّه العالم.

الكلام فی الروایه: إنّما یحلّل الکلام...

قوله:

بقی الکلام فی الخبر الـذی تمسّک به فی باب المعاطاه، تارهً علی عـدم إفاده المعاطاه إباحه التصـرّف، واخری علی عدم إفادتها اللّزوم... وهو قوله صلی اللّه علیه وآله: إنّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام. وتوضیح المراد منه... .

أقول:

عن خالـد بن الحجّاج - کما فی التهـذیب (۱) - أو ابن نجیـح کمـا فی الکافی (۲) قال: «قلت لأبی عبـداللّه علیه السّـلام: الرجل یجیئنی ویقول: اشتر لی هذا الثوب وأربحک کذا وکذا.

فقال: ألیس إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترک؟

قلت: بلی.

قال: لا بأس. إنما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام (۳).

ولیس قوله: اشتر لی هذا الثوب... توکیلًا له فی الشراء، وإلّا لقال: لک أجره کذا وکذا، بدلاً عن: أربحک کذا وکذا.

وفی قوله: «اشتر لی» احتمالان، أحـدهما: إلزامه بالاشتراء، کنایهً عن أنی قـد اشتریت منک بالفعل ما لیس عندک بربح. والثانی: الطلب منه لأن یشتری لنفسه ثم یبیعه الشیء بربح، فلا تکون المعامله واقعهً بالفعل وإنما هی

۱- ۱) تهذیب الأحکام ۷ / ۵۰، الرقم: ۲۱۶.

۲- ۲) الکافی ۵ / ۲۰۱، الرقم: ۶.

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۸ / ۵۰، الباب ۸ من أبواب أحکام العقود، الرقم: ۴.

مواعده ومقاوله. والثانی، لا إشکال فیه دون الأوّل.

قوله:

إن هذه الفقره – مع قطع النظر عن صدر الروایه – تحتمل وجوهاً... .

أقول:

فذکر أربعه وجوه.

وقوله: مع قطع النظر... إشاره إلی أنه لا مجال لشیء من الاحتمالات بالنظر إلی صدر الروایه، لأن الذی فیه هو الکلام المعاملی لا مطلق الکلام واللّفظ.

وأمّا الوجوه:

فالأوّل: أن تکون الحلیّه والحرمه منوطین بالتلفّظ، فلابدّ من النطق الدالّ، سواء بالدّلاله المطابقیّه أو الالتزامیّه، وأنه لا یکفی القصد والنّیه ولا العمل الخارجی، فیکون مدلول الخبر: عدم إفاده المعاطاه الملکیّه.

لکنّ هذا المعنی لیس بمرادٍ کما ذکر الشیخ، إذ مفاد الخبر أنه لیس له أن یبیع الشیء قبل أنْ یشتریه، وأنّ الکلام الواقع فی المعامله محلّل تارهً ومحرّم اخری إذا وقع قبله، کما فی الصحیحه: «عن رجل قال لی: اشتر هذا الثوب وهذه الدابّه وبعنیها، اربحک فیها کذا وکذا. قال: لا بأس بذلک، اشترها ولا تواجبه البیع قبل أن تستوجبها أو تشتریها» (1).

وأورد الشّیخ علی الوجه الأوّل:

أوّلاً: إن قوله: إنما یحلّل الکلام... بمثابه التعلیل للجواب عن السؤال، فلو کان الوجه الأوّل هو المراد، لما کان له ارتباط بالسؤال والجواب.

۱– ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۵۲، الباب ۸ من أبواب أحکام العقود، الرقم: ۱۳.

وثانیاً: إن انحصار المحلّل والمحرّم باللّفظ یستلزم تخصیص الأکثر، لأن الحیازه محلّله، والمعاطاه محلّله، وغلیان العصیر العنبی محرّم وذهاب ثلثیه محلّل، الهدیّه والهبه و الضیافه محلّل، والسفر محلّل، والحضر محرّم، فالمحلّلات والمحرِّمات غیر اللّفظیّه کثیره فی الشریعه.

وکلامه متین جدّاً.

والثانی: أنْ یکون المعنی: إن الکلام بماله من المضمون، أی المضمون الذی یؤدّی بالکلام، إن کان علی الموازین الشرعیّه، کان محلّلاً، وإلّا کان محرّماً، نظیر الخبر فی المزارعه عن أبی عبداللّه علیه السّلام: «أنه سئل عن الرجل یزرع أرض رجل آخر، فیشترط علیه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر.

فقال: لا ینبغی أنْ یسمّی بذراً ولا بقراً، ولکنْ یقول لصاحب الأرض:

أزرع فی أرضک ولک منها کذا وکذا، نصف أو ثلث أو ما کان من شرط، ولا یسمّی بذراً ولا بقراً، فإنما یحرّم الکلام» (1).

أی: فإذا کان مضمون المزارعه هو المشارکه فی الزرع بأنْ یکون لکلٍّ منهما نصیب، کان الکلام محلّلاً، وإن لم یکن کذلک فالکلام محرّم.

وفیه - کما ذکر الشیخ - أن المورد لیس من المقصود الواحد الذی یُنشأ بمضمونین، بل الذی وقع السؤال والجواب عنه هو المعامله مع من لیس بمالک للشیء، بل علیه أنْ یشتریه ویبیعه بربح. فهذا المعنی لا مناسبه له بالخبر أصلاً.

والثالث: أنْ یکون الکلام الواحد محلّلاً إن وقع فی محلّه، کما فی العقد علی المرأه الخلیّه، ومحرّماً إن وقع فی غیر محلّه، کما فی العقد علی المرأه

1- 1) وسائل الشیعه 19 / 43، الباب 8 من أبواب کتاب المزارعه والمساقاه، الرقم: 10.

المعتدّه. أو يكون وجوده محلّلاً، كما لو أذن فى التصرّف، وعدمه محرّماً، كما لو لم يأذن بذلك.

وفى الوافى (۱): المراد من الكلام إيجاب البيع، فلمّا لم يكن عنده الشىء، كان إيجابه محرّماً وعدم إيجابه محلّلاً.

وقد اختار الشيخ هذا المعنى على وجه الوجود والعدم.

وفيه: أن القضيّه الحقيقيّه عباره عن أخذ الكلّى الطبيعى فى الموضوع بإضافه الأمر الوجودى، وليس عندنا قضيّه حقيقيّه اخذ فى موضوعها الأعمّ من الوجود والعدم، على أنّ المحمول الثبوتى يترتّب على موضوع له وجود، وإذ لا يعقل أنْ يكون المعدوم طرفاً للإسناد، لأن النسبه سنخ من الوجود يتقوّم بطرفين ثبوتيين، فإسناد «يحلّل» و«يحرّم» - وهما أمران ثبوتيّان - إلى «الكلام»، إنما هو إسناد إليه بماله من الوجود، فتارةً يؤثّر فى الحلّيه، واُخرى فى الحرمه، ولا يعقل أن يكون المراد من الكلام هنا الأعمّ من الموجود والمعدوم.

وأمّا الوجه الأوّل من المعنى الثالث، ففيه أيضاً: إنه ليس الأمر فى الغالب كذلك، لأنّ الكلام لا يكون سبباً للحرمه أو الحلّيه بل كلّ منهما بسببه، فإنْ لم يكن سبب الحلّيه جامعاً لشرائط التأثير ومنها كون الكلام فى محلّه، أو وجد المانع عنه، فهو غير حاصل، وكان عدم حصوله هو السبب لعدم الحلّيه، لا أن الحرمه مسنده إلى الكلام فى غير محلّه، نعم قد يكون كذلك نادراً، كما فى عقد الزواج، فإنه بالنسبه للخليّه محلّل، وللمعتدّه أو ذات البعل أو التى فى حال الإحرام محرّم.

۱- ۱) الوافى ۱۸ / ۶۹۳.

وتلخّص: عدم تماميّه الوجه الثالث.

وقد وافق شيخنا الميرزا على هذا المعنى، لكن ببيانٍ آخر (۱) هو: إنّ الكلام اذا استجمع شرائط التحليل يحلّل، وإذا لم يستجمعها أو اقترن بشيء من الموانع يحرّم.

ويمكن تأييده بأنه: إذا لم يستجمع الشرائط أو لم تفقد الموانع، لم يكن المحرّم هو الكلام، مثلًا: فى بيع ما ليس عنده، ليس إيجاب البيع محرّماً، بل الواقع عدم الحلّيه لعدم سببها، لا أن الحاصل بالكلام هو الحرمه، إلّاأنه لمّا كان ارتفاع التحريم موقوفاً على وجود سبب الحلّيه –وهو اللّفظ المستجمع –فإنّه إذا عدم سببها اسندت الحرمه إليه، كما تقدّم.

وكيف كان، فالمعنى الثالث أيضاً لا يمكن المساعده عليه.

والرابع: أن يراد من الكلام المحلّل خصوص المقاوله والمواعده، ومن الكلام المحرّم إيجاب البيع وإيقاعه.

لكن فيه: إنه عند المقاوله لا يوجد الكلام المعاملى حتى يقال بأنّ الكلام يحلّل.

وتلخص:

إن الشيخ قدّس سرّه قد ذكر للخبر أربعه وجوه.

فعلى الأوّل: هناك كلامان ومدلولان. وحاصله: أن للّفظ موضوعيّه فى التحليل والتحريم.

وعلى الثانى: هما كلامان والموضوعيّه للمضمون، فالمضمون الكذائى محلّل والكذائى محرّم، وإن كان المقصود فى كليهما واحداً.

۱- ۱) المكاسب والبيع ۱ / ۱۹۰.

وعلى الثالث: هما كلام واحد بما له من المعنى، لكنّ الاختلاف هو من حيث الوجود والعدم تارةً، ومن حيث وقوعه فى محلّه وعدم وقوعه فى محلّه اخرى.

وعلى الرابع: هما كلام واحد، لكنّ السنخ مختلف بأنه إنْ كان كان مقاولةً فمحّلل و إنْ كان معامله فمحرّم.

وقد ظهر، أن لا شيء من الوجوه صحيح.

وذكر المحقق الخراسانى وجهاً خامساً (١)، واختاره شيخنا الاستاذ (٢)ونسبه إلى صاحب الجواهر (٣) وهو:

إنّ الكلام يحلّل ويحرّم بالإضافه إلى الشخصين وإلى المالين، فإذا أوجب البيع، فالمبيع حلال للمشترى وحرام للبائع، والثمن بعد البيع حلال للبائع وحرام للمشترى.

وهذا مبنيٌّ على أن تكون الحلّيه والحرمه تكليفيين.

وهناك وجه سادس، وهو جعل الحليّه والحرمه وضعيين. وتوضيحه:

إنّ القول أعمّ من الكلام، لأن الكلام هو القول المتضمّن للبتّ والجزم، وهو تارةً: موجب للصّحه، واخرى: موجب للفساد، فالصّحه والفساد مستندان إلى الأمر المنشأ بالكلام.

وحينئذٍ، فمعنى الخبر أحد المعنيين الأخيرين، بأنْ يكون المقصود هو السؤال عن حكم القضيّه، فيقول الإمام عليه السّلام: إن كان قوله لا يوجب سلب الاختيار عنه - بأنْ يكون أنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترك - فلا بأس، إنما يحلّل

١- ١) حاشيه المكاسب: ١٥.

٢- ٢) حاشيه المكاسب: ١٤٩.

٣- ٣) جواهر الكلام ٢٢ / ٢١٧.

الکلام بالنسبه إلی ما انتقل إلیه ویحرّم بالنسبه إلی ما انتقل عنه، فالمدار فی الحلّیه والحرمه علی إیجاب البیع وهو غیر متحقّق الآن، ولذا قال علیه السّلام: لا بأس.

وهذا هو المعنی الأوّل منهما، ولا بأس به، إلّاأن فیه کلفه التقدیر، بأنْ تجعل الحلیّه، مضافهً إلی ما انتقل إلیه والحرمه إلی ما انتقل عنه.

فالأوجه هو الثانی من هذین الوجهین، یقول علیه السّلام: ألیس إنْ شاء أخذ وإنْ شاء ترک، أی أن اختیاره محفوظ، وحفظ الاختیار کاشف عن عدم تحقّق الکلام البتّی الجزمی، وهو الموجب للصّحه إن کان واجداً للشرائط، والفساد إنْ لم یکن کذلک.

وعلی الجمله، فإن مقتضی القاعده مطابقه الجواب للسؤال، وقد کان السؤال عن حکم المعامله، مع من لیس عنده الثوب فعلاً، بأنْ یشتریه له ویربحه فیه کذا وکذا.

فأجاب الإمام علیه السّلام: بأنه إنْ قصد من «إشتر لی» إیجاب البیع معه بالقطع علی الثوب الذی لیس عنده، فهذا باطل، وإنْ قصد من ذلک الطلب منه، بأنْ یشتری الثوب فیبیعه منه لا من غیره فی مقابل ربح معیّن، فلا بأس، والمهمّ هو أنّ الآمر بالاشتراء مختار، إن شاء أخذ وإنْ شاء ترک، لأنه یطلب من الرجل أن یشتری لنفسه ثم یبیعه منه، وهذا لا مانع منه، وإلّا، فقد أوقع المعامله علی القطع والبتّ علی شیء غیر موجود عند البائع، وهذا غیر صحیح.

فالقول المتضمّن للبتّ والجزم -وهو معنی «الکلام» لغهً - فی هکذا موردٍ مبطل، وإلّا فلا بأس.

هذا معنی الخبر، والظاهر تعدّد الکلام لا وحدته، إلّابناءً علی ما ذکره

ابن هشام فى المغنى (١)، من أنه إذا أعيدت المعرفه، فالمراد شىء واحد، وإذا اعيدت النكره، فالمعنى متعدّد، ومثال ذلك قوله تعالى: «فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً».

فإنه بالنظر إليه يتوجّه ما ذكرناه، وهو: إنّ القول على وجه الإبرام والجزم، قد يكون محلّلاً وقد يكون محرّماً، فالكلام فى المزارعه إذا قيل:

لصاحب الأرض كذا وللزارع كذا، محلّل، وكذلك إن قال: بعت، كان محلّلًا، وإنْ قال: فسخت، كان محرّماً.

فهما سنخان من الكلام، أحدهما محلّل والآخر محرّم.

هذا، والخبر – على كلّ حال – أجنبىّ عن بحث المعاطاه مطلقاً بعد سقوط المعنى الأوّل من المعانى التى ذكرها الشيخ.

قوله:

نعم، يمكن استظهار اعتبار الكلام فى إيجاب البيع بوجهٍ آخر... بأن يقال... .

أقول:

أوّلًا: إن هذا مبنىّ على المعنيين الثالث والرّابع من المعانى الأربعه، وأمّا بالنظر إلى غيرهما، كالذى ذهب إليه المحقق الخراسانى أو الذى اخترناه، فلا يتمّ.

وثانياً: إن هذا الحصر إضافى، فلا يستظهر منه الذى ذكره، نعم، لو كان حصراً مطلقاً لأمكن.

قوله:

إلّا أن يقال: إن وجه انحصار إيجاب البيع... فتأمّل.

١– ١) مغنى اللبيب ٢ / ۶۵۶، الباب السادس.

أقول:

يمكن أن يكون إشارةً إلى ما سيذكره فى التنبيه الثانى من التنبيهات - من أنه يتحقّق المعاطاه بإعطاء الثمن من المشترى وأخذه من البائع، فإنّ أخذ الثمن بيعٌ للمثمن - وحينئذٍ، لا تكون الروايه أجنبيّه عن المعاطاه، هذا أوّلاً.

وثانياً: من أين نستكشف كون الشىء بيد هذا الشخص ملك أوْ لا، فلعلّه كان بيده، لكنْ لا ملكاً له بل أمانةً وضعها المالك عنده، فيشتريه منه لنفسه ثم يبيعه للرجل الذى طلب منه ذلك.

ص:٢٧٣

تنبیهات المعاطاه

اشاره

ص:۲۷۵

قوله:

وينبغى التنبيه على امور:

(التنبيه) الأوّل

اشاره

الظاهر أن المعاطاه قبل اللّزوم على القول بإفادتها الملك بيع... وأمّا على القول بإفادتها للإباحه، فالظّاهر أنها بيع عرفى... وأمّا على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أنّ محلّ الكلام هو ما إذا قصدا مجرّد الإباحه، فلا إشكال فى عدم كونها بيعاً عرفاً ولا شرعاً... .

أقول:

موضوع هذا التنبيه هو البحث عن أن الشرائط المعتبره شرعاً فى البيع، من معلوميّه العوضين، ومعلوميّه الكيل والوزن إنْ كانا ممّا يكال أو يوزن، ومن القبض كما لو كان صرفاً أو سلماً... إلى غير ذلک، معتبره فى المعاطاه أوْ لا؟

أمّا على القول الثالث - وهو ما ذهب إليه صاحب الجواهر - من أنّ محلّ الكلام فى المعاطاه ما إذا قصدا مجرّد الإباحه، فلا يعتبر شىء من الشروط، لأنّ الواقع ليس ببيع لا شرعاً ولا عرفاً.

إلّا أنّ الكلام فى دليل الإباحه الشرعيّه مع قصدهما الإباحه، فقال الشيخ:

بأن الدليل هو حديث السّلطنه، الدالّ بعمومه على أنّ لكلٍّ من المتعاطيين إباحه ماله للآخر.

فأشكل على الشيخ: بأنّه لا يرى المشرّعيّه لحديث السّلطنه، فلا يدلّ

على السببيّه الشرعيّه لشىء من الأسباب.

ولكنّه سهو، لأنهما مع قصدها الإباحه، قد أباح كلٌّ منهما ماله للآخر، فهى إباحه مالكيّه وترخيص صرف، فليس فى البين سبب حتى نبحث عن دليل سببيّته.

بل الإشكال الوارد على الشيخ - ولم يتعرّض له أحد فيما أعلم - أنّ هذا الترخيص فى التصرّف إنما هو على وجه التضمين، وكلّ منهما يضمّن صاحبه بالمسمّى، سواء كان أكثر من المثل أو القيمه أو أقل أو كانا متساويين، ولا يعقل أنْ يكون حديثُ السّلطنه هو الدّليل على هذا التضمين، لأن السّلطنه على المال أمر وجعل البدل عن المال أمر آخر.

فلا مناص من تصحيح هذا التضمين بالتمسّک بحديث: «المسلمون عند شروطهم» بأنْ يكون التضمين المذكور تقييداً للإباحه، والتقييد شأنه شأن الشروط، فيشمله الحديث المزبور، ويمكن أن يقال أيضاً بكون التضمين من العهود، فيشمله عموم قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أى بالعهود(١).

ص:٢٧٨

وعلى الجمله، فإنه من الممكن تصحيح هذا التّضمين، لكنّ أدلّه شرائط البيع لا تجرى فى المعاطاه بناءً على هذا القول، لعدم كون الواقع بيعاً بل هو إباحه بعوض.

هل يعتبر فى المعاطاه شرائط البيع؟

قوله:

وأمّا على المختار من أنّ الكلام فيما قصد به البيع، فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقاً، أم لا كذلك، أم يبتنى على القول بإفادتها للملك والقول بعدم إفادتها إلّا الإباحه؟ وجوه.

أقول:

ذكر هنا ثلاثه وجوه:

الأوّل: اعتبار جميع الشروط، سواء على القول بإفادتها الملك أو الإباحه، وسواء كان دليل اعتبار الشرط هو النصّ أو الإجماع.

والثانى: عدم اعتبارها مطلقاً كذلك.

والثالث: اعتبارها على القول بالملكيه مطلقاً وعدم اعتبارها على القول بالإباحه.

وهناك وجه رابع ذكره بقوله:

ويمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النصّ، فيحمل على البيع العرفى وإنْ لم يفد عند الشارع إلّاالإباحه، وبين ما ثبت بالإجماع على اعتبارها فى البيع بناءً على انصراف البيع فى كلمات المجمعين إلى العقد اللّازم.

قوله:

يشهد للأوّل كونها بيعاً عرفاً فيشترط فيها جميع ما دلّ على اشتراطها فى

البيع، ويؤيّده... .

أقول:

الوجه الأوّل هو المختار عند الشيخ، قال مرّةً: «لا يخلو عن قوّه» ثمّ قال بعد ذلك: «الأقوى اعتبارها» سواء على القول بإفاده المعاطاه الملكيّه شرعاً كما هو المختار، أو القول بإفادتها الإباحه الشرعيّه كما عن المشهور، لأنّ الحاصل هو البيع العرفى، والموضوع لأدلّه اعتبار الشروط هو ما يصدق عليه عنوان البيع عند العرف... هذا كلامه قدّس سرّه.

لكنّا قد أوضحنا سابقاً أنّ انطباق تلك الأدلّه موقوف على ثبوت الموضوعيّه عند الشارع أيضاً، فلابدّ من قبوله إفادتها الملكيّه كذلك، وإلّا فلا يمكن الشمول والانطباق، إذْ لا معنى لأنْ يرتّب الآثار الشرعيّه على ما لا يراه – أو يراه غيره – موضوعاً لها.

فما ذكره سهو من قلمه.

وذكر دليلًا آخر حيث قال:

ولما عرفت من أنّ الأصل فى المعاطاه بعد القول بعدم الملك: الفساد وعدم تأثيره شيئاً، خرج ما هو محلّ الخلاف بين العلماء من حيث اللّزوم والعدم، وهو المعامله الجامعه للشروط عدا الصّيغه، وبقى الباقى.

فهما وإنْ قصدا البيع لكنّ الشارع لم يمض ذلك، فهو بيع فاسد ولا يترتّب عليه شىء من الآثار، لكنّ مقتضى الإجماع القائم على الإباحه الشرعيّه فى صوره استجماع الشرائط عدا الصّيغه، هو القول بالإباحه.

وبتقريرٍ آخر: إنهما لمّا قصدا التمليك، فكلّ من الطرفين يسلّم ماله إلى الآخر بعنوان أنه ملك له، وتكون تصرّفاته واقعةً فى ملكه، فكان كلّ منهما مملّكاً لا مرخّصاً، إلّاأنه قد قام الدليل الخارجى على الإباحه، لكنه الإجماع

وهو دليلٌ لبيٌّ - فلو كان لفظيّاً لشمل فاقد الشروط أيضاً - والقدر المتيقّن من الإباحه هو ما إذا كانت المعاطاه التى ليست ببيعٍ واجدةً لجميع شرائط البيع.

إلّا أنه قد تقدّم أنّ الدليل العمده فى المعاطاه هو السّيره العقلائيّه المتّصله بزمن المعصوم وغير المردوعه منه، فإنْ كانت قائمه على جواز التصرّف فيما اخذ بها حتى فى صوره فقد الشرائط المعتبره فى البيع، كانت حجّةً شرعيّةً صالحةً لتخصيص الأدلّه اللفظيّه المعتبره للشرائط، وللتقدّم على دليل اعتبارها إنْ كان لبيّاً، لقصوره عن الشمول لمورد السّيره، فتكون السّيره حينئذٍ هى الدّليل على جواز التصرّف فى المأخوذ بالمعاطاه الفاقده لبعض الشرائط.

وبالجمله، إنْ تمّ قيام السّيره على جواز التصرّف مع فقد بعض الشرائط، فهى الدّليل على القول بالإباحه، خلافاً للشيخ القائل بعدم الدّليل، وأمّا على القول بإفادتها الملكيّه، والأدلّه المعتبره للشرائط لفظيّه، فالسّيره مخصّصه.

فإنْ قلت: لِمَ لا تكون الأدلّه المعتبره للشرائط فى البيع رادعةً، لأنّ المعاطاه بيع.

قلت: رادعيّتها عن السّيره منوطه بعدم كونها مخصِّصةً بها، لكنّ عدم التخصيص منوط بكونها رادعه... وهذا دور.

فإنْ قلت: حجيّه السّيره هنا متوقّفه على كونها مخصِّصةً للعمومات المعتبره للشرائط، وكونها كذلك موقوف على عدم شمول العمومات لمورد السّيره، وهذا موقوف على كونها مخصّصةً، فكون السّيره مخصّصه دوريّ.

قلت: قد أجبنا عن ذلك فى الاصول فى مباحث خبر الواحد، وفى

الإستصحاب، وذكرنا ملخّص ذلك فى المباحث المتقدّمه.

هذا غايه ما يمكن أن يقال فى المقام.

لكنّ الإنصاف عدم تماميّه ما ذكر، لأنّ السّيره بما هى ليست بحجّهٍ، وإنما حجيّتها من أجل كاشفيّتها عن تقرير المعصوم إن كانت عقلائيّه أو قوله إنْ كانت متشرّعيّه، ولولا إحراز ذلك لم يكن لها حجيّه، وهو مع وجود العمومات المعتبره للشرائط فى البيع - والمفروض كون المعاطاه بيعاً - مشكل.

ولا فرق بين القول بأنّ المعاطاه تفيد الملك اللّازم أو الجائز، والقول بأنّ حصول الملكيه شرعاً منوط بالتصرّف أو التلف، والقول بعدم الإناطه كما هو الحق.

وأمّا بناءً على ما ذهب إليه بعض الأكابر من أنها معاوضه مستقلّه تفيد الملك، وما ذهب إليه المشهور من أنها تفيد الإباحه لا الملك، فالمعاطاه ليست ببيع، فلا يعتبر فيها ما يعتبر فيه.

ثم إنّ الشرائط المعتبره فى البيع على ثلاثه أقسام، لأن الدّليل على اعتباره، إمّا هو النصُّ المعتبر، أو النصُّ غير المعتبر، أو الإجماع. فهل جميع الشرائط معتبره فى المعاطاه أو فيه تفصيل؟

أمّا ما قام على اعتباره النصّ المعتبر، فلا إشكال فى اعتباره فى المعاطاه مع قصدهما البيع وكونها بيعاً شرعاً.

وأمّا ما ثبت بالإجماع، فربّما يقال بأنّ القدر المتيقّن منه هو ما إذا كان المعاطاه بيعاً لازماً، وأمّا على القول بكونها بيعاً جائزاً - كما عليه المشهور - ففى تقيّد حليّته الوضعيّه بما قام عليه الإجماع شكّ، والأصل عدمه.

وأمّا ما ثبت منها بروايهٍ ضعيفهٍ عمل بها المشهور، فإنْ كان عمل

المشهور بها كاشفاً عن صدورها عن المعصوم، كانت كالنصّ المعتبر سنداً، وإلّا بل يظنّ بصدورها بسبب عمل المشهور بها، فحكمها حكم الدّليل اللّبى، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو ما إذا قلنا بأنّه بيع لازم.

وهذا تمام الكلام فى المقام.

هل يجرى حكم الرّبا فى المعاطاه؟

قوله:

وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الرّبا فيها أيضاً وإنْ خصّصنا الحكم بالبيع، بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيده للملك، لأنّها معاوضه عرفيّه وإنْ لم تفد الملك، بل معاوضه شرعيّه كما اعترف بها الشهيد... .

أقول:

وهل يجرى الرّبا فى معاطاه المكيل والموزون؟

الأقوال فى المعاطاه أربعه:

أحدها: إن المتعاطيين ينشآن البيع والتمليك، لكنّها لا تفيد شرعاً إلّا الإباحه.

والثانى: إنّها تفيد البيع والتمليك شرعاً، وهل هو لازم أو جائز؟ قولان.

والثالث: إن المعاطاه معاوضه مستقلّه وليست ببيع.

والرابع: إنهما يتعاطيان بقصد الإباحه لا البيع والتمليك.

أمّا على القول: بأنها بيع وتفيد الملكيه - مع قصد المتعاطيين ذلك - فلا إشكال فى جريان الرّبا، لأن القدر المتيقّن من الرّبا كونها فى البيع، والمفروض أن المعاطاه - على التقدير المذكور - بيع، ولا فرق بين أنْ تكون الملكيّه جائزه أو لازمه، ولا فرق أيضاً بين أن تجعل الملكيه منوطةً

بالتصرّف أو التلف، فإنه إذا كانت بيعاً ترتّب الحكم.

وأمّا على القول: بأنها معاوضه مستقلّه، فجريان الربا مبنيٌّ على الخلاف فى أنّ الرّبا مختصّه بالبيع أو تجرى فى مطلق المعاوضات، فعن ابن إدريس والعلّامه فى الإرشاد: الأوّل، والمشهور هو الثانى، لقوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا» (١)، لأنّ الرّبا هى الزّياده على رأس المال وقد حرّم اللّه الرّبا، سواء كانت المعاطاه بيعاً أو معاوضةً مستقلّه، ومن النصوص الدالّه على ذلك:

١ - خبر أبى بصير عن أبى عبداللّه عليه السّلام فى حديثٍ: «إنّ على بن أبى طالب كان يكره أن يستبدل وسقاً من تمر المدينه بوسقين من تمر خيبر، لأنّ تمر المدينه أجودهما، ولم يكن على يكره الحلال» (٢).

٢ - وعن أبى عبداللّه عليه السّلام أنه سئل: «أيجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلّامثلاً بمثل...» (٣).

والحنطه والشعير فى باب الرّبا جنس واحد، كما لا يخفى.

٣ - وفى صحيح الحلبى: «الفضّه بالفضّه، مثلاً بمثل، ليس فيه زياده ولا نقصان، الزائد والمستزيد فى النّار» (۴).

فالرّبا جاريه فى المعاطاه حتّى على القول بكونها معامله مستقلّه.

وأمّا على القول: بأنها تفيد الإباحه شرعاً وإنْ قصدا البيع والتمليك، فربّما يقال بعدم جريان الرّبا، لعدم الملكيّه، لكنّ لحرمه الرّبا جهه التكليف والوضع معاً، فبناءً على هذا القول تثبت الحرمه التكليفيّه، وهى بيع فاسد،

١- ١) سوره البقره: ٢٧۵.

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٨ / ١۵١، الباب ١۵ من أبواب الرّبا، الرقم: ١، وفيه «أدونهما» بدل «أجودهما».

٣- ٣) وسائل الشيعه ١٨ / ١٣٨، الباب ٨ من أبواب الرّبا، الرقم: ٢.

۴- ۴) وسائل الشيعه ١٨ / ١۶۵، الباب ١ من أبواب الصّرف، الرقم: ١.

وحينئذٍ، لا موضوع للبحث عن الحرمه الوضعيّه.

قوله:

ولو قلنا بأن المقصود للمتعاطيين الإباحه لا الملك، فلا يبعد أيضاً جريان الرّبا، لكونها معاوضةً عرفاً. فتأمّل.

أقول:

وهـذا هو القول الأخير، وتقريب الجريان هو: إنه وإنْ قصـدا الإباحه إلّا أنها بعوضٍ، فبناءً على جريان الرّبا فى المعاطاه حتى على القول بأنها معامله مستقلّه تكون جاريةً هنا أيضاً، لما تقدّم من حرمه الرّبا فى مطلق المعاوضات.

لكنّه أمر بالتأمّل.

ولعلّ وجهه: إن المراد من «يستبدل» فى الروايه: إن كان الاستبدال المطلق الشامل للاستبدال من حيث الإباحه أو الملك، كانت الحرمه ثابتةً، لكنّ ظاهر اللّفظ هو بدليّه الشىء عن الشىء فى حدّ نفسه من جهه المكان لا من حيث عروض شىء عليه، والبدليّه الإباحيّه ليست بـدليّةً عن الشىء فى حدّ نفسه، لأن فى الإباحه حيثيّه الترخيص من المالك وليس أحد المالين بـدلاً عن الآخر، فالإباحه بالعوض ليست إباحه مطلقةً مجانيّه، لكنْ لا دليل على جريان الرّبا فى الإباحه بالعوض، لعدم الاطلاق فى «الاستبدال».

وبالجمله، فإنّ الرّبا تجرى فى مطلق المعاوضات الملكيّه، لا الأعمّ من الملكيّه والإباحيّه.

وتلخّص: إن المعاطاه بيع، والقدر المتيقّن من أدلّه تحريم الرّبا هو البيع، فهى جاريه فى المعاطاه.

ص:٢٨٥

هل تجری أحكام الخيار فی المعاطاه؟

قوله:

وأمّا حكم جريان الخيار فيها قبل اللّزوم، فيمكن نفيه على المشهور، لأنها إباحه عندهم، فلا معنى للخيار، وإنْ قلنا بإفاده الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار... إلّاأن أثره يظهر بعد اللّزوم... ويحتمل أنْ يفصّل بين الخيارات المختصّه بالبيع... .

أقول:

عبارته مجمله، ولذا أشكل عليه بعض الأكابر (۱): بأنها إنْ أفادت الملك فهی بيعٌ قبل اللّزوم، فلماذا قال بعد اللّزوم؟

لكنّ الظاهر غفله المستشكل عمّا سيذكره الشيخ فی التنبيه السّابع، حيث نقل عن الشهيد الثانی فی المسالك قوله: «اللهم إلّاأنْ يجعل المعاطاه جزء السّبب والتلف تمامه»، فمن ملزمات المعاطاه التصرّف، ومنها التلف، وعلى هذا، فإنّ المعاطاه جزء لسبب، وبعد تحقّق الجزء الآخر - وهو التصرّف أو التلف - يصدق البيع بالحمل الشائع، وأمّا قبل ذلك، فقد تحقق جزء السبب ولا يصدق عنوان البيع.

فالإشكال مندفع.

ويمكن أن يحمل كلام الشيخ على أنّ المراد هو: إنّ المعاطاه تفيد الملك الجائز ويجری فيه الخيار، فإنْ لزم بأحد الملزمات ظهر أثر الخيار، لأنّ الخيار يناسب اللّزوم.

هذا، وتفصيل الكلام بالنظر إلى الأقوال فی المعاطاه أن يقال:

۱- ۱) حاشيه الإصفهانی ۱ / ۱۵۵.

أمّا على القول: بأنّ المتعاطيين ينشآن الإباحه من أوّل الأمر، كما ذهب إليه صاحب الجواهر، فلا معنى للخيار مطلقاً.

وأمّا على القول: بأنها معاوضه مستقلّه، كما حكى عن الشيخ الكبير، ثبت فيها الخيارات الجاريه فى مطلق المعاوضات دون المختصّه بالبيع.

وأمّا على القول: بأنهما ينشآن البيع، لكنّ الشارع لا يرتّب إلّاالإباحه، كما هو ظاهر المشهور، فلا تجرى الخيارات، لأنه بيع فاسد لا يفيد إلّا الإباحه الشرعيّه، والملكيّه إنما تحصل بسببٍ حادثٍ لا بالمعاطاه.

ولا يتوهّم: أن موضوع أدلّه الخيارات هو البيع العرفى، وهو صادق عرفاً على فصل المتعاطيين، فلابدّ من جريان تلك الأدلّه.

وذلك: لأنّ الشارع لا يرتّب حكماً من أحكامه على شىء لم يجعله موضوعاً لذلك الحكم، والمفروض هنا أنّ المعاطاه عند الشارع بيع فاسد، وإنْ كانت عند العرف بيعاً، ولا يعقل أنْ يرتّب حكماً من أحكام البيع على ما هو موضوع عند غيره وليس بموضوعٍ عنده!

وأمّا على القول: بأنّ المعاطاه بيع لكنّها جزء السّبب، والجزء الآخر هو التصرّف الناقل أو التلف، كما حكاه الشيخ عن المسالك، - بمعنى أنْ يقتضى صدق عنوان البيع لكنّه لا يتم إلّابأحد الأمرين، أو هو جزء للمقتضى وأحدهما الجزء الآخر، والتعبير الأوّل أجود، وقريب منه كلام المحقق الخراسانى، إذ جعل المقام نظيراً لبيع السّلف كما تقدّم. وبالجمله، فإنّه بالتصرّف أو التلف يكون بيعاً شرعيّاً - فقال الشيخ: بثبوت الخيار وأنّ أثره يظهر بعد اللّزوم.

والإنصاف: أنه لا يمكن المساعده عليه، لأنه إذا ثبت ظهر أثره عند ثبوته، إذْ لا معنى لانفكاك الأثر عن ذى الأثر، وأمّا إنْ لم يكن ثابتاً وإنّما

المقتضى له موجود، فتحقّقه يكون بعد اللّزوم.

وأمّا على القول: بأنّهما ينشآن البيع والتمليک، والملكيّه الشرعيّه متحقّقه من أوّل الأمر، لكنّها بيع جائز حتى يجىء شىء من الملزمات فيلزم، كما عليه الشيخ، فالظاهر أن عمومات أدلّه الخيار فى البيع مثل: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» تعمّ البيع اللّازم والجائز، وكذا قوله عليه السّلام: «صاحب الحيوان المشترى بالخيار ثلاثه أيام» فإنه يعمّ المعاطاه المفيده للملكيّه. لكنّ الإجماع قائم على عدم اللّزوم، فجعل الخيار من الشارع يستلزم اللّغويّه وهو محال.

فالخيارات البيعيّه غير جاريه فى المعاطاه، على القول المختار.

اللّهم إلّاأن يقال: بأن الخيار حقٌّ وموضوعه عباره عن حلّ العقد، والجواز - فى قولنا: المعاطاه تفيد الملك الجائز - حكمٌ وموضوعه هو الترادّ، فالخيار غير الجواز موضوعاً وحكماً، ولا يخفى الفرق بين الحق والحكم، من حيث أن الأوّل يصالح عليه ويقبل السقوط والانتقال، بخلاف الحكم.

وربما يقال: لو فرضنا أنّ الخيار والجواز واحد، فِلمَ لا يكونان سببين لمسبَّبٍ واحدٍ هو جواز الترادّ، وقد أجاز الشيخ فى الخيارات أن يكون للخيار الواحد سببان؟

التنبیه الثانی

اشاره

قوله:

إنّ المتیقّن من مورد المعاطاه هو: حصول التعاطی فعلاً ـ من الطّرفین، فالملک أو الإباحه من کلٍّ منهما بالإعطاء، فلو حصل الإعطاء من جانبٍ واحدٍ لم یحصل ما یوجب إباحه الآخر أو ملکیّته، فلا یتحقّق المعاوضه ولا الإباحه رأساً... إلّاأنّ الظاهر من جماعه... جعله من المعاطاه... وربما یدّعی انعقاد المعاطاه بمجرّد إیصال الثمن وأخذ المثمن... ثم إنه لو قلنا... أمکن خلوّ المعاطاه من الإعطاء والإیصال رأساً... .

أقول:

الوجوه التی ذکرها الشیخ أربعه:

الأوّل: – وهو القدر المتیقّن کما قال – : الإعطاء فعلاً من الطرفین، سواء قلنا بإفادته الملکیه أو الإباحه.

والثانی: أن یکون الإعطاء من طرفٍ واحد، فهو من هذا الطرف إیجاب، وأخذُ الآخر هو القبول، فتحقق البیع بإعطاء الواحد، وهو وإنْ لم یصدق علیه عنوان المعاطاه، لکنّه فی حکمها، إذ لفظ «المعاطاه» غیر واردٍ فی آیهٍ أو روایهٍ حتی یدور الحکم مداره، وإنما صحّحنا المعاطاه بعمومات أدلّه البیع، حیث قلنا بأنّها تعمّ الإیجاب الفعلی کالقولی.

والثالث: أنْ لا یکون فی البین لفظ ولا إعطاء فعلی، بل الحاصل مجرّد إیصال الثمن، کدخول الحمّام ووضع الفلوس فی الکوز، ونحو ذلک.

ص:۲۸۹

والرابع: أنْ لا يكون شيء من الإعطاء والإيصال أصلًا، وإنّما الحاصل مجرّد المقاوله بقصد البيع... .

بماذا يتحقق المعاطاه؟

والتحقيق:

إن للوجه الأوّل ثلاثه صور:

الاولى: الإعطاء من الطرفين والثمن غير متشخّص فى الخارج وإنْ كان نقداً من النقود.

والثانيه: الإعطاء منهما، والثمن متشخّص كذلك، فيعطى الشيء فى مقابل الثمن، وهذه الصّوره على قسمين، لأنه:

تارةً: يكون آخذاً بقصد التملّك ويعطى الثمن فى مقابله.

وأُخرى: يكون آخذاً لا بقصد التملّك لكنْ يقصده عندما يدفع الثمن المتشخص المتعيّن.

أمّا الصّوره الاولى حيث الإعطاء من كليهما، بأن يسأله مثلًا: بكم هذا؟ فيقول: بعشره، فيأخذه ثم يخرج العشره من كيسه، فيكون دفع البائع المال إيجاباً وأخذه من المشترى قبولًا، وأمّا إعطاء العشره فأداء لما فى الذمّه.

وأمّا الصّوره الثانيه، حيث الثمن متشخّص فى الخارج، فيعطى المال فى مقابل العشره التى بيد المشترى، فإنْ أخذه بقصد التملّك بالعوض، فقد تحقّق القبول وتمّ البيع، وكان إعطاء العشره تسليماً للعوض الملتزم به وليس بقبول. وإنْ أخذه لا بقصد التملّك بالعوض وإنّما كان مجرّد تناول خارجى للشيء، وأعطى العشره بقصد التملّك، كان القبول متحقّقاً بإعطائها.

فالإعطاء هو القبول، وعلى هذا، فلو أعطاه العشره بقصد التمليك

لا التملّك بالعوض، وقع فاسداً، لأن المتحقّق فى الخارج تمليكان وإيجابان لا تمليك وقبول.

هذا بالنّسبه إلى الوجه الأوّل.

والوجه الثانى يتصوّر بثلاثه صور كذلك:

الاولى: أن يعطى المتاع والثمن نسيئه إلى أجل معيّن... .

فإعطاء هذا إيجاب والأخذ من ذاك قبول، وذمّته مشغوله بالثمن.

الثانيه: أن يعطى المشترى الثمن فيوجب ويكون المثمن فى ذمه البائع إلى أجلٍ، ويكون بأخذه قابلاً، وهذا بيع سلم.

والثالثه: أنْ يعطى المشترى الثمن عوضاً بعنوان الاشتراء، ويأخذه الآخر على أن يكون بيعاً للمثمن الذى فى ذمّته.

وهذا ما صوّره الشيخ، ونحن لا يمكننا تصوّره، لأن ذلك قد أعطى بعنوان الاشتراء والآخذ قد أخذ العوض، وكيف يكون أخذ العوض بيعاً للمعوّض، مع أنه لم يحقّق إنشاءً لا فعلاً ولا قولاً بالنسبه إلى بيعه؟

نعم، القرائن الخارجيّه تفيد ذلك، لكنّ إنشاء التمليک يحتاج إلى دالّ يدلّ عليه من فعلٍ أو قولٍ، وهو غير موجود.

واُضيف هنا صوره رابعه، وذلک: إنه ربما يكون المثمن فى يد المشترى، كما لو كان قد استأجر داراً ثم جاء إلى المالك يشتريها منه، فيعطيه الثمن وهو فى الدار، يقول الشيخ: يكون إعطاؤه الثمن اشتراءً وأخذ المالك الثمن بيع، وهذا عندنا غير تام، لأن البيع يحتاج إلى إنشاء قولاً أو فعلاً وهو مفقود.

نعم، إن التمليک من عالم النفس، فإن كان حقيقه البيع عبارةً عن العزيمه النفسانيّه فقط، والإنشاء قولاً أو فعلاً كاشف ومبرز لتلك العزيمه، تمّ ما ذكره

الشيخ من أنه بالأخذ من المالك يتحقّق.

وأمّا بناءً على أنّ البيع هو أن يتحقّق للعزيمه المزبوره خارجيّه، والخارجيّه لا تتحقّق إلّابالفعل أو القول، فلا يتمّ ما ذكره.

إذن، لا نوافق على كلام الشيخ، لا فى السّلم ولا فى هذه الصّوره.

وصوره خامسه وهى: أن يكون الثمن موجوداً من قبل عند مالك الدار، فلا- إعطاء للثمن من المشترى، غير أن المالك يعطى الدار، فهو موجب والمشترى قابل بالأخذ. وهذا لا إشكال فيه أصلاً.

الوجه الثالث، أنْ يكون وصول وإيصال بلا- قولٍ وفعل، وقد مثّل الشيخ بما تعارف بين النّاس من أخذ الماء مع غيبه السقّاء والخضروات ونحوها ووضع الفلوس فى المكان المعدّ له، وكدخول الحمام ووضع الاُجره فى الكوز مع غيبه الحمّامى.

ولقد كان الأولى أنْ يقسّم هذا الوجه إلى قسمين. وسيأتى.

ومن أمثله المقام: وضع الأجناس فى المكان الخاصّ بها وأسعارها مكتوبه عليها، فيأتى المشترى ويأخذ ما يريده منها ويضع الثمن فى محلّه المعيّن له.

قوله:

وربما يدّعى انعقاد المعاطاه بمجرّد إيصال الثمن وأخذ المثمن... .

أقول:

ربما يدّعى أن هذا بيع، لأن المناط فى البيع وصول العوضين إلى طرفى المعامله مع تراضيهما، فلا حاجه إلى قولٍ أو فعل.

لكنّ البيع إنشاء تمليك عينٍ بعوض، فلابدّ من الإنشاء، ولا يحقّقه إلّا الفعل أو القول وهذا هو البيع لغةً وعرفاً، وهو المتسالم عليه بين الأصحاب،

فمجرّد الوصول والإيصال ليس ببيع.

نعم، يمكن أنْ يقال: إن وضع المتاع وسعره مكتوب عليه إذنٌ عامٌّ لمن يريد المعامله، بأن يضع الثمن المعيّن فى المكان المعدّ له ويأخذ المتاع ويتملّكه عوضاً عن الثمن الذى يضعه، فإنْ تمّ استكشاف هذا الإذن فى تملّك المشترى، فما ذكره الشيخ تام.

أللهم إلّاأن يقال: بأنه لا- يعتبر فى المعامله المعاطاتيّه كلّ ما يعتبر فى اللّفظيّه، بل إنّ نفس وضع المتاع هناك بيع وإعطاء لكلّى المشترى، ثم يتعيَّن هذا الكلّى بمجىء الشخص وأخذه ووضع القيمه فى مكانه.

فإنْ صحّ بشىء من هذه التكلّفات فهو، وإلّا، فالوصول والإيصال لا يحقّق البيع.

وأمّا لو كان وصول ولا إيصال، كما لو كانت الدار عند المشترى، وكان لهذا المستأجر مال عند صاحب الدار، فتراضيا بأن تكون الدار للمشترى والثمن هو المال الموجود من قبل لدى صاحبها.

فهذه الصّوره لا تسمّى بيعاً أصلاً.

الوجه الرّابع:

قال الشيخ:

لا يبعد صحّته مع صدق البيع عليه بناءً على الملك. وأمّا على القول بالإباحه، فالإشكال المتقدّم هنا آكد.

والإنصاف: إن المقاوله بمالها من المفهوم مباينه للمعامله، والقول بأنها نحو من المعامله ممنوع. نعم، لو كان فى ضمن المقاوله إنشاء تمليك وإنْ لم يكن بلفظ بعت وملّكت، كان بيعاً، بناءً على عدم لزوم لفظٍ خاصٍّ فى البيع وأنه يكفى كلّما يتمشّى به البيع.

وهذا تمام الكلام فى الوجوه.

ولاـ يخفى أنه مبنىّ على إفـاده المعاطـاه الملـك، وأمّا بناءً على القول بإفادتها الإباحه، فإن كان المراد الإباحه المالكيّه فلا بأس، لأنها مؤثره بأىّ نحوٍ من الإنحاء افيدت، وإنْ كان المراد الإباحه الشرعيّه، اشكل الأمر فى كثير من الصّور.

ص:۲۹۴

التنبیه الثالث (فی تمیز البائع من المشتری و تمیز العوضین)

قوله:

تمیّز البائع من المشتری فی المعاطاه الفعلیّه مع کون أحد العوضین ممّا تعارف جعله ثمناً، کالدراهم والدنانیر والفلوس المسکوکه واضح، فإنّ صاحب الثمن هو المشتری ما لم یصرّح بالخلاف. وأمّا مع کون العوضین من غیرها، فالثمن ما قصدا قیامه مقام المثمن فی العوضیّه... فیکون المدفوع بنیّه البدلیّه عن الدرهم والدینار هو الثمن وصاحبه هو المشتری.

أقول:

إنه لمّا کانت المعاطاه بالإعطائین - کما ذکر الشیخ - فلابدّ من طریقٍ لتمییز أحدهما عن الآخر، بخلاف المعامله اللفظیّه، فإنّه باللّفظ یتمیّزان، فعقد هذا التنبیه لهذا الغرض(١).

فتارهً: یکون أحد العوضین ممّا تعارف جعله ثمناً، فصاحب الثمن هو

المشترى فالتّمييز حاصل.

قال الراغب: المشترى دافع الثمن وآخذ المثمن، والبائع دافع المثمن وآخذ الثمن (۱).

لكنّ هذا بالنظر إلى الغالب، إذ الثمن غالباً متمحّض فى جهه الماليّه، كالدراهم والدنانير، والمثمن غالباً هو المتاع الذى يطلبه الإنسان لرفع الحاجه، كالثوب يشتريه لأن يلبسه والطعام لأن يأكله، بخلاف الدرهم فإنه بشخصه غير رافع لحاجهٍ من الحاجات.

واخرى: يكون العوضان عينين، قال الشيخ: فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثمن فى العوضيّه، كما لو أعطى الحنطه فى مقابل اللّحم قاصداً أن هذا

۱- ۱) المفردات فى غريب القرآن: ۲۶۰.

المقدار من الحنطه يساوى درهماً هو ثمن اللّحم، فيصدق عرفاً أنه اشترى اللّحم بالحنطه.

هذا كلامه.

فإنْ قيل: أىّ تأثير لقصد أنّ هذا المقدار من الحنطه يساوى درهماً فى أن يكون هذا هو المثمن دون الآخر؟

قلت: لعلّه يريد أن الذى يقصد ذلك يلحظ الحنطه مالاً ـ من الأموال ويجرّدها عن خصوصيّتها، فيكون شأنها شأن الدرهم والدينار، فتكون هى الثمن لا محاله.

وبهذا البيان يتّضح مراده من قوله: وإذا انعكس انعكس الصّدق.

قوله:

ولو لم يلاحظ إلّاكون أحدهما بدلاً عن الآخر من دون نيّه قيام أحدهما مقام الثمن فى العوضيّه، أو لوحظ القيمه فى كليهما... ففى كونه بيعاً وشراءً بالنسبه كلّ منهما... أو كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أوّلاً... أو كونها معاطاه مصلحه... أو كونها معاوضه مستقلّه... وجوه. لا يخلو ثانيها عن قوّه... .

أقول:

قد ذكر أربعه وجوه:

أوّلها: كونه بيعاً وشراء بالنسبه إلى كلٍّ منهما، وهذا موافق لكلام الراغب حيث قال: المشترى دافع الثمن وآخذ المثمن والبائع دافع المثمن وآخذ الثمن. هذا إذا كانت المبايعه والمشاراه بناضٍّ وسلعه، فأمّا إذا كانت بيع سلعه بسلعه صحّ أن يتصوّر كلّ واحدٍ منهما مشترياً وبائعاً... (1).

١- ١) المفردات فى غريب القرآن: ٢٦٠.

إلّا أن كون كلٍّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين غير واضح، لأن البائع هو الذى يملّك بالعوض والمشترى هو الذى يقبل ما فعله البائع، وعليه، فعنوان البائع والمشترى متقابلان، والمتقابلان لا يجتمعان برهاناً، فكيف يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين؟

يقول الشيخ:

والإشتراء ترک شیء والأخذ بغيره... .

وفيه: إنه يصدق على البائع والمشترى كليهما، بل الاشتراء قبول الشراء بمعنى البيع، فما ذكره لا يمكن المساعده عليه.

والثاني: كونه بيعاً بالنسبه إلى من يعطى أوّلاً، يعنى: إنه يتحقّق التميز بينهما بالأوليّه والثانويّه، لأنّ الذى يعطى أوّلاً يكون اعطاؤه دالاً على التمليک، والمشترى يقبل تمليک ذاک ثم يعطى ماله إيّاه وفاءً لما التزم به.

أقول: هذا الوجه متين جدّاً، سواء كان العوضان مما تعارف جعله ثمناً كالدراهم والدنانير، أو كان أحدهما من ذلک دون الآخر، أو كان كلاهما من غيرهما.

لكنّه ينتقض: بما لو وقع الإعطاء من كليهما فى آنٍ واحد.

الثالث: كونه معاطاه مصالحه، لأنّ المصالحه بمعنى التسالم على شیء، ولذا حملوا الروايه الوارده فى قول أحد الشريكين لصاحبه: لک ما عندک، ولی ما عندی، على الصلح.

أقول:

فيه: إنه يتوقف على أنه يكون الصّلح غير محتاج إلى الإيجاب والقبول، وأنه يكفى قولهما تصالحنا، فإنْ قلنا بذلک، فلا مانع، وأما على القول:

بأن الصّلح يحتاج إلى القبول كما عليه الأصحاب، فأيّهما هنا الموجب

وأيّهما القابل؟

هذا أوّلاً.

وثانياً: إن الصّلح له معنىً خاصّ لابدّ من انشائه، ولا يكفى التسالم الحاصل خارجاً فإنه نتيجه التصالح، والإعطاء لا دلاله له على التصالح والتسالم، ولا يصلح لأنْ يكون انشاءً.

الرابع: كونه معاوضه مستقلّه خارجه عن العناوين المتعارفه.

وهذا يتوقف على شمول العمومات لمثل هذه المعامله.

وبعد أنْ ذكرنا الوجوه الأربعه فى المسأله، نقول:

هل المراد من الامتياز هو الامتياز الواقعى أو الامتياز فى مقام الإحراز؟

ظاهر كلامه - فيما لو كان أحد العوضين مما تعارف جعله ثمناً أنْ يكون صاحب الثمن هو المشترى - أنه يريد استكشاف الامتياز بينهما فى مقام الإحراز والعلم، لكنّ كلامه - فيما لو كان العوضان من غير الدراهم والدنانير، حيث قال بأن الثمن ما قصدا قيامه مقام المثمن فى العوضيّه - ينافى ذلک، لأنّ القصد وعدمه يتعلّق بالواقع، ولا ربط له بمقام الاستكشاف والإحراز.

وأيضاً، كيف يكون الإحراز والاستكشاف فيما لو كان العوضان من الدراهم والدنانير، أو كان الاعطاء من الطرفين معاً فى آن واحد؟

وتنقيح المقام: أن تمليک المال بعوضٍ يدخل فى ملكه، هو البيع، والبائع من هو متلبّس بهذا المبدء، والمشترى من يقبل فعل البائع ويكون مطاوعاً له، وهكذا يتحقّق التميز الواقعى بينهما، لكن الداعى يختلف، فالبائع غالباً يريد تحصيل الربح، والمشترى غالباً يريد رفع الحاجه بما يأخذ، فالامتياز الواقعى موجود، والامتياز فى الدواعى موجود غالباً، ومقابل الغالب ما ربما يكون للطرفين غرض رفع الحاجه، إلّاأنّ توافق الدّاعى

لا يقتضى ارتفاع التمييز الواقعى بينهما.

لكن ما هو الطريق إلى استكشاف هذا التمييز الواقعى؟

الوجهان الأوّل والثانى، يمكن المساعده عليهما، فإنّ ظاهر الحال أن يكون معطى الثمن هو المشترى، حيث يعطيه ليأخذ المتاع ويرفع به حاجته، وصاحب المتاع يريد بيعه وتحصيل الربح بذلك.

فإن قلت: ظهور الحال لا يوجب إلّاالظنّ، والظن فى الموضوعات لا أثر له، بل لابدّ فيها من أماره شرعيّه من البيّنه أو اليد.

قلت: لا يبعد أن يكون الدالّ على حجيّه ظواهر الألفاظ - وهو السّيره العقلائيه - دالّاً على حجيّه ظواهر الأحوال والأفعال، وكذا الذى يقصد قيام ما بيده مقام المثمن فى العوضيّه، إن كان ظاهر حاله هو الإعطاء لأخذ المتاع لرفع الحاجه.

وأمّا حيث يكون كلّ منهما عنده متاع، أو عنده الدّرهم والدينار، ولا ندرى أيّهما المعطى ليأخذ ويرفع به الحاجه، وأيّهما المعطى بقصد الاسترباح، فلا يعقل أن يكون كلّ منهما بائعاً ومشترياً باعتبارين، لأن معنى البيع هو التمليك بالعوض ودخول العوض فى ملكه، فيقبل المشترى ذلك، فلو كان هذا البائع مشترياً أيضاً كان معناه اشتراء ما تملّكه، وهذا غير معقول.

مضافاً إلى أنّ الاشتراء قبول الشّراء كما تقدّم، وأن عنوان البائع والمشترى متقابلان لا يجتمعان.

أمّا أنْ يكون المعطى الأوّل هو البائع والآخذ هو المشترى، فقد قوّاه الشيخ، وأيّده بعض مشايخنا رضوان اللّه تعالى عليهم(۱).

ص:۳۰۰

لكن الإنصاف أنْ لا ـ دليل عليه، لأن المفروض هو الجهل بقصدهما التمليک بالعوض، أو أنّ أيّهما الذی قصد ذلک وأيّهما القابل... نعم، غايه ما فی الباب هو أنّ ظاهر الإعطاء الأوّل هو التمليک الابتدائی، والإعطاء الثانی ليس فيه هذا الظهور، لكن ليس فيه ظهور أن يكون قبولاً ـ كذلک، ومجرّد عدم الظهور فی التمليک الابتدائی لا يكفی لأن يكون ظاهراً فی القبول والمطاوعه، ولو فرضنا حصول الظن بذلک، فإن هذا الظن ليس بحجّه.

هذا، مضافاً إلى انتقاضه بما لو أعطيا معاً.

فإنْ علمنا بأن أحدهما المعيّن قصد التمليک بعوضٍ، فواضح أن يکون هذا هو البائع وطرفه هو المشترى، سواء کان هذا القاصد دافعاً أوّلاً أو ثانياً، دفع ديناراً مثلاً أو متاعاً.

وإنْ علمنا بأن أحدهما غير المعيّن قاصد لذلک، فهنا علم إجمالى بأن أحدهما بائع والآخر مشتر ولا أکثر.

وإنْ علمنا أنّ أحداً منهما لم يقصد ذلک، احتمل أن تکون معاوضه مستقلّه(١).

لکن يتوقّف صحّتها على شمول عمومات المعاملات لمثل ذلک، فإنْ قلنا باختصاصها بالمعاملات المتداوله - کما ذهب إليه جمع - کان الواقع باطلاً، وإنْ قلنا بعدم الاختصاص بذلک، فلا مانع.

ص:٣٠٢

التّنبيه الرابع (يتصور المعاطاه بحسب قصد المتعاطين على اربعه وجوه و الكلام عليها بالتفضيل)

قال الشيخ قدّس سرّه:

إن أصل المعاطاه - وهو إعطاء كلّ منهما الآخر ماله - يتصوّر بحسب قصد المتعاطيين على وجوه... .

أقول:

ذكر الشيخ وجوهاً أربعه، إلّاأن الوجوه بحسب التصوّر أكثر من ذلك:

لأن المعطى، إمّا قاصد للتمليك وإمّا قاصد للإباحه، وعلى كلّ منهما:

العوض، إمّا عوض عن المال الذى يملّكه أو يبيحه الطرف، وإمّا عوض عن نفس التمليك أو الإباحه، والأوّل - العوض عن المال - إمّا هو مال، بأنْ يملّك مالاً عن مال، وإمّا هو فعل من الأفعال.

والعمده من هذه الوجوه: أن يملك مالاً بعوضٍ، أعمّ من أن يكون العوض مالًا، أو يكون فعلًا كهبه مالٍ، أو يكون إباحةً له فى تصرّفٍ له فى مالٍ من أمواله.

ونحن نتعرّض لما تعرّض له الشيخ.

ففى الوجه الأوّل، قال الشيخ:

أن يقصد كلٌّ منهما تمليك ماله بمال الآخر، فيكون الآخر فى أخذه قابلًا ومتملّكاً بإزاء ما يدفعه، فلا يكون فى دفعه العوض إنشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بأزاء ما تملّكه... .

أقول:

يعنى: أن تمليكه بعوضٍ إيجاب، وأخذ الطرف قبول وبه يتمّ البيع،

وإعطاء الثمن بعد ذلک وفاءٌ لما التزم به على نفسه، فمقوّم البيع المعاطاتى هو الإعطاء والأخذ، ولا دخل لإعطاء المشترى فى حقيقه البيع، وعلى هذا، فلو لم يدفع المشترى الثّمن لم يضرّ بمالکيّه البائع، ولو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاه... .

فلو كان الإعطاء الثانى قبولاً، لم تكن المعامله متحقّقه بامتناع المشترى من ذلک أو موته أو إفلاسه.

وهنا إشكال: إذ التعبير عن الإعطاء والأخذ بالمعاطاه مسامحه عند الشيخ نفسه، إذ تسميه هذه المعامله بالمعاطاه إنما هو اصطلاح فى عرف الفقهاء - مع عدم صدق ذلک عليها لغه - يريدون به المعامله الفعليّه فى قبال القوليّه، وكأنّ نظره الشّريف إلى ما قرّره النحاه والصرفيّون فى هيئه المفاعله من أنّه: يقتسمان فاعلاً ـ ومفعولاً ـ لفظاً ويشتركان معنىً، هذا هو المشهور بينهم، حتى أنّى أتذكر أنّ الشيخ نجم الأئمه (۱) أيضاً موافق على هذا، وهم يقصدون من ذلک: أنّ هيئه فَعَلَ إنما تدلّ على قيام المبدء بفاعله، وهيئه فاعل تدلّ على قيام المبدء باثنين، فنقول: ضارب زيد عمراً، فزيد فاعل وعمر مفعول، لكن هذه الفاعليّه والمفعوليّه صوريّه، أمّا فى المعنى فهما شريكان، أى كلّ منهما فاعل ومفعول، فى قبال التفاعل حيث نقول: تضارب زيد وعمر، تضارب زيد مع عمرو، تضاربا، إذ لا يقال: ضارب زيد وعمرو، ضارب زيد مع عمرو، ضاربا.

۱- ۱) هو الشيخ رضىّ الدين محمّد بن الحسن الاسترآبادى الإمامى، المتوفّى سنه ۶۸۶، الملقّب ب«نجم الأئمّه» كما فى كتاب (بغيه الوعاه فى طبقات اللّغويين والنحاه) للحافظ جلال الدين السّيوطى، له شرح الكافيه فى النحو، وشرح الشّافيه فى الصّرف، انظر كلامه فى شرح الشّافيه ۱ / ۹۶ - ۱۰۴، الطبعه المحقّقه الحديثه.

فما ذكره الشيخ قدّس سرّه مبنى على هذا المشهور بين الصّرفيين.

لكن الإنصاف: أن الأمر ليس كـذلك، ففى الكتاب والسنّه واستعمالات الفصحاء موارد كثيره قد استعملت فيها هيئه فَاعَلَ فى المبدء القائم بواحدٍ فقط، مثل: طالع زيد الكتاب، خاطب زيد القوم، ساعد زيد «كَيْفَ يُوارِى سَوْأَهَ أَخِيهِ» (۱)«وَ واعَدْنا مُوسى ثَلاثِينَ لَيْلَهً» (۲) فما ذهب إليه الصرفيّون هنا اشتباه.

نعم، التفاعل يصدر من اثنين، أما المفاعله: فقيام المبدء بواحدٍ متوجّهاً إلى الغير، فالنسبه قوامها بالاثنين لا أن الفعل يصدر من كليهما.

وتلخّص: إن المعاطاه هنا صادقه حقيقهً لا اصطلاحاً أو مسامحهً.

فالإشكال مندفع.

وأورد الميرزا الاستاذ قدّس سرّه بما هذا شرحه: إن البائع والمشترى كلّ منهما مالك لما بيده، فلما يبيع البائع يبدّل طرف الإضافه فى ملكيّته، فتملّكه محفوظ، وإضافه الملكيّه إلى نفسه محفوظه، لكن المتبدّل بالبيع هو طرف الإضافه.

مثلاً: إضافه الملكيّه كانت متعلّقهً بالدار، فالإضافه محفوظه وهو المالك، لكنّ طرف الإضافه، أى الدّار، تبدّل إلى شىءٍ آخر، بخلاف الإرث، فإنّ المتبدّل هناك هو المضاف، والملكيّه والمملوك، محفوظان، وبخلاف الهبه، فإنّ المتبدّل نفس الإضافه، فبالهبه تنقطع الإضافه منه وتتّصل بغيره.

ثم إنّه إن كان البيع لفظيّاً، كان معناه تمليك المتاع بعوض الثمن، فقد بدّل المتاع بالثمن ووضع الثمن فى مكان المتاع، فمعنى بعت هذا بذاك: ملّكتك هذا بأن يكون ذاك قائماً مقام هذا فى ملكيّتى، فالبائع يورد ملك المشترى فى

۱- ۱) سوره المائده: ۳۱.

۲- ۲) سوره الأعراف: ۱۴۲.

ملكيته عوضاً عمّا أخرجه... والمشترى إذا قبل، فقد قبل هذا الذى فعله البائع.

وأمّا العمل الخارجى، فهو ليس إلا الإعطاء، ولا يدلّ إلّاعلى التسليط الخارجى، ولا يدلّ على غير التمليك، أمّا دلالته على أنّه تمليك فى مقابل عوضٍ يقوم مقام هذا المال المعطى، فلا، فكون العوض قائماً مقام الملك لا دليل عليه لفظى، والفعل لا لسان له.

ثمّ الآخذ، إن كان أخذه بقصد جعل العوض قائماً مقام المعوَّض، فلا دليل عليه، وإنْ كان أخذه بقصد ضمان المثل أو القيمه، فهذا قرض، وإن كان أخذ لا بقصد الضمان فهو قبول للهبه، والمفروض أن البائع لا يقصد القرض والهبه.

إذن، الأخذ ليس قبولاً... فيكون الأخذ مقدّمه لإعطاء الثمن، وإعطاء الثمن هو القبول.

إذن، لابدّ من التعاطى من الطرفين، ولا يكفى الإعطاء والأخذ، ولذا، فلو مات – مثلاً – قبل إعطاء الثمن بطلت المعامله، خلافاً للشيخ القائل بتحقّقها.

لكنّ الإنصاف: أن الحق مع الشيخ، فالإعطاء إيجاب والأخذ قبول، والمعاطاه صادقه.

أمّا أن الفعل الخارجى ليس له لسان، فهذا متين، والمحقّق خارجاً هو التسليط من البائع، حيث يدخل متاعه فى ملك المشترى.

تقولون: أخذه للمتاع ليس بقبول، بل القبول يحصل بأنْ يعطى المشترى الثمن ويدخله فى ملك البائع.

نقول: إذا كان إعطاء البائع إيجاباً منه، وأخذ المشترى ليس بقبول، فإنْ أعطى المشترى، فقد ملّك البائع الثمن وهو يملكه بالأخذ، والمفروض أن

أخذ البائع الثمن ليس بقبول، فهنا قد تحقق إيجاب من البائع بلا قبول من المشترى، وإيجاب من المشترى بلا قبول من البائع، فهنا إيجابان، وما الدّليل على أنْ يكون إعطاء المشترى قبولاً ولا يكون إيجاباً، مع أن الفعل لا لسان له كما ذكرتم؟

فإن قيل: هنا قرينه على أن إعطاء المشترى قبول، وأن الذى يعطيه عوض عمّا أخذه.

قلنا: نفس القرينه موجوده على أنّ إعطاء البائع للمتاع كان بعنوان المعوَّضيّه عمّا سيعطيه المشترى.

وبالجمله، إذا كان البائع يعطى المتاع بقصد المعوّضيّه عن مال المشترى، والمشترى يأخذ المتاع على ما قصده البائع، فأخذه قبول، وإنْ لم يعط البائع بقصد المعوضيّه، أو كان الأخذ من المشترى لا على ما قصده البائع، فالبيع غير حاصل.

فالحقّ مع الشيخ قدّس سرّه.

وفى الوجه الثانى، قال الشّيخ قدّس سرّه:

أنْ يقصد كلٌّ منهما تمليك الآخر ماله بأزاء تمليك ماله إيّاه، فيكون تمليكاً بأزاء تمليك، فالمقاوله بين التمليكين لا الملكين...
.

فقال المحقق الخراسانى قدّس سرّه: كأنّ مراد الشّيخ أنْ يملّك المال فى مقابل فعل الطّرف الآخر الذى هو عباره عن التمليك، كما ذكرنا فى عمل الحرّ.

لكنّ هذا الاحتمال غير آتٍ فى كلام الشيخ، إذ كلامه نصّ صريح فى أنه تمليكان، أحدهما بأزاء الآخر.

إنه فى هذا الوجه لا يكون أخذ الطرف الآخر قبولاً - بخلاف الوجه

الأوّل – لأنّ تمليك هذا الجانب منوط بتمليك الجانب الآخر، فما لم يملّك ذاك لم يتحقق التمليك من هذا.

قال الشيخ: هذا بعيد عن معنى البيع... .

لأنّ البيع هو ما يكون فيه المقابله بين الملكين، وليس بهبهٍ معوّضه، إذْ فيها يحصل الملكيه للطرف الآخذ بمجرّد الأخذ، وإنما يصدر منه التمليك عوضاً عن تمليك الأوّل، فليس كهبه معاوضه بين التمليكين.

يبقى أنه إمّا مصالحه وإمّا معاوضه مستقلّه.

هذا ملخّص كلامه قدّس سرّه.

وأقول:

تاره: يعطى الشىء بقصد التمليك فى مقابل تمليك الآخر الثمن، وتكون المعاوضه بين المتاع والفعل، كما يملّك المال بأزاء خياطه الآخر للثوب. وأخرى: يملّك مالاً ـ بعوض تمليك الغير، بمعنى أن يكون المال من الغير عوضاً عن تمليك هذا، فلمّا يملّك يجعل فعله – وهو التمليك – معوّضاً للمال الذى يعطيه الطرف الآخر.

وهاتان الصّورتان خارجتان عن كلام الشيخ، وسنتكلّم عليهما فيما بعد.

وثالثه: يجعل تمليك الغير معوّضاً عن تمليك نفسه، فالعوض والمعوَّض كلاهما هو التمليك.

وهذه هى الصوره التى يقصدها، والبحث فيها فى مراحل:

الأولى: هل يعقل جعل التمليك نفسه معوّضاً؟

كأنّ الشيخ فارغ عن إمكان هذا.

والثانيه: إنه على تقدير المعقوليّه، هل بأخذ الطرف المقابل يتحقّق

القبول أو لابدّ من التمليک الآخر؟

يقول السيّد بالتّحقق خلافاً للشّيخ، والحق مع الشيخ، وما ذكره السيّد سهو من قلمه.

والثالثه: إنه على تقدير الصحّه، هل هو بيع أو هبه معوّضه أو صلح أو معامله مستقلّه؟

وتفصيل ذلک:

أمّا فى المرحله الاُولى:

فهل المراد من «التمليک» هو المصدر، فالمعنى المصدرى هو المجعول معوّضاً عن المعنى المصدرى، أو المعنى الاسم مصدرى أعنى الملكيّتين؟

ظاهر الشيخ الأوّل.

وقال شيخنا الاستاذ: إنه غير معقول، قال: إن التمليک بالإعطاء حال تعلّقه بمتعلَّقه ملحوظ آلى، وفى جعل نفسه معوّضاً يحتاج إلى لحاظٍ استقلالى، ولا يعقل اجتماع اللّحاظين المتباينين فى ملحوظٍ واحد.

توضيح كلامه قدّس سرّه:

المعامله تسبيب إلى تحقّق المضمون، أى معوضيّه شىء لشىء، فلا محاله كون الشىء معوّضاً مقصود بالأصاله والاستقلال، والسبب – وهو الإنشاء – دائماً يصدر بالاختيار وهو مراد، لكنّه فى مرحله التأثير يكون ملحوظاً آلهً للمسبّب، فهو ملحوظ آلهً إلى تحقق شىء آخر، فإذا كان نفس التمليک معوَّضاً، يلزم كونه مقصوداً بالاستقلال وكونه ملحوظاً آله لكونه سبباً، واجتماع اللّحاظين فى آنٍ واحدٍ فى شىء واحدٍ محال.

وهذا نظير ما ذكر فى الاصول، من عدم معقوليّه استعمال اللّفظ فى

نفسه، فدائماً المستعمل فيه ملحوظ بالاستقلال، واللّفظ ملحوظ آلياً، فاستعمال اللّفظ فی نفسه یستلزم اجتماع اللّحاظین.

فإنْ ارید من التملیک المعنی الاسم المصدری، یرد علیه - مضافاً إلی ما ذکره الشیخ الاستاذ - إنه یلزم أن یکون الإنسان مالکاً لملکیّه نفسه، الملکیّه نحو من السّلطنه، ولا معنی لأنْ یکون متسلّطاً علی سلطنته(١).

وأمّا فى المرحله الثانيه:

فالحق مع الشيخ خلافاً للسيّد، لأنه بمجرد الأخذ لا يتحقق القبول، لأنه قد أخذ المتاع، والمفروض أنه ليس المعوَّض، بل المعوَّض نفس التمليك.

فأخذ المال لا صله له بأخذ المعوّض، والقبول إنما يكون قبولاً لو أخذ المعوّض.

ثم هل التمليك الثانى قبول التمليك من الأوّل؟

إنّ الثّانى بتمليكه ينشئ، فما يصدر منه إيجاب، فلو كان قبولاً - مع ذلک - لزم اجتماع الإيجاب والقبول، وهما صفتان متقابلان لا يجتمعان فى واحد.

فما ذكره الشيخ لا يوافق عليه.

وهنا يصل البحث إلى:

المرحله الثالثه:

وقد ظهر أن هذا ليس ببيع، لأن التبديل أو المبادله بين فعلين لا المالين.

على أنه لم نتمكن من تصوّر الإيجاب والقبول، بل الحاصل إيجابان لتمليكين أو ملكيّتين.

وليس بهبهٍ معوّضه، لما ذكره الشيخ، وهو متين جدّاً، لأنّ الهبه المعوّضه هى أنْ يملّك المال وبمجرّد ذلک تحصل الملكيّه للمتّهب، لكن بشرطٍ ضمنيّ، وهو أن يهب ذاک شيئاً من طرفه، فلو لم يفعل كان له الخيار...

وليس ما نحن فيه كذلک، فإنه لا تحصل الملكيّه للطرف بإنشاء هذا للتمليک.

نعم، يقرب من الهبه المعوّضه، من جهه أنّ هنا تمليكين وملكيّتين، والمعاوضه بينهما تنتهى إلى المعاوضه بين المالين.

وليس بصلحٍ، لأن الصّلح عقد إنشائى، فلابدّ من وقوع التصالح والتسالم فى حيّز الإنشاء، ولا يكفى مجرّد وقوعه مصداقاً للصّلح، وإلّا فإنّ الصّلح موجود فى جميع المعاوضات.

يبقى أن يكون معاوضه مستقلّه.

فإن شملت العمومات، ولم تكن خاصّه بالمعاملات المتعارفه، فهو، وإلّا فهى معامله باطله.

قال الشيخ:

إلّا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظاً عند تمليك الأوّل على نحو الدّاعى لا العوض، فلا يقدح تخلّفه.

أى: التمليك الأوّل هبه، والطرف يملك بالأخذ، ولا يقدح تخلّفه عن الهبه وعدم حصول الداعى للأوّل إلى التمليك.

وربما يتوّهم: أن تمليك هذا بهذا الدّاعى إنما كان بالنسبه إلى شخص مقيّد بصفه أنه سيملّك ماله، فلو لم يفعل لم يتحقق الموضوع، فتبطل المبادله.

لكن قد ذكرنا فى الاصول مراراً: أن العناوين والأوصاف فى القضايا الشخصيّه ليس تخلّفها موجباً للبطلان، نعم، فى القضايا الحقيقيّه، الأمر كذلك، لأن القضيّه الحقيقيّه: مجئ الحكم على الكلىّ الطبيعى بإضافه صرف الوجود إليه، فما عن أهل المنطق من أنّ القضيّه الحقيقيّه عباره عن القضيّه التى تتوجه إلى الأفراد المحققه الوجود والمقدّره الوجود، غير صحيح. بل الواقع ما ذكرناه، والموضوع هو صرف الوجود للكلّى الطبيعى، وصرف الوجود يشمل الأفراد الموجوده فعلاً والأفراد التى ستوجد، فالأفراد الموجوده والمقدّره ليس الموضوع للحكم، بل هى لازم الموضوع.

ففى القضايا الكليّه، العنوان يوجب رفع الحكم، لكن فى القضيّه الخارجيّه يأتى الحكم على الموضوع وهو نفس الذات، والعنوان يكون داعياً فقط، وارتفاعه غير مضرّ، ولذا يوجب الخيار لا البطلان.

وحاصل هذا الوجه: أنْ يملّك بداعى أن يكون تمليكه سبباً لتمليك الغير، فلو لم يملّك الغير لم يضر.

وفى الوجه الثالث قال الشيخ:

أنْ يقصد الأول إباحه ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه إيّاه، فيكون الصّادر من الأوّل الإباحه بالعوض ومن الثانى – بقبوله لها – التمليك، كما لو صرّح... .

أقول:

جميع ما نتعرّض له فى هذه البحوث تعمّ ما لو كان بالمعاطاه أو باللّفظ.

وفى الوجه الرابع، قال الشيخ:

أن يقصد كلّ منهما الإباحه بأزاء إباحه الآخر، فيكون إباحه بأزاء إباحه، أو إباحه بداعى إباحه... .

وذكر الشّيخ فى الوجهين الأخيرين إشكالين، الأوّل منهما مشترك بين الوجهين، والثانى مختصّ بالوجه الثالث. قال:

أوّلاً: الإشكال فى صحّه إباحه جميع التصرّفات حتّى المتوقفه على ملكيّه المتصرّف... فالظاهر إنها لا تجوز.

أمّا الإشكال الأوّل: فإن إباحه التصرّفات إباحه مطلقه تشمل المتوقفه على الملك كالبيع والعتق والوطى... لا يعقل، لأنّ البيع وغيره ممّا ذكر... لابدّ من أن يكون فى الملك... وكأنْ يعطى هذا المال تفريغاً لذمّته من الزكاه، ويجعله هدياً فى الحج من قبل نفسه... .

إنّ هذه الإباحه غير جائزه، حتى لو صرّح قائلاً: أبحت لك كلّ تصرّف...

نعم، ينفذ فيما عدا التصرفات المتوقفه على الملك... وذلك، لأن الإذن والإباحه من المالك لا يكون مشرّعاً ومجوّزاً لما هو غير جائز شرعاً.

قال:

فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه - بأنْ يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره - غير معقول كما صرّح به العلّامه فی القواعد فكيف يجوز للمالك أنْ يأذن فيه؟

أقول:

وربما يمكن إقامه البرهان على ما ذكره الشيخ، من أن البيع معاوضه بين المالين، والمعوضيّه والعوضيّه متضائفان، والمتضائفان متكافئان، إذن، لابدّ من أن يكونا فی جهةٍ واحده.

أو يقال: إن مبادله مالٍ بمالٍ لابدّ وأن تكون فی وعاء الإباحه، والإباحه لا تفيد الملكيّه، فكيف تكون الملكيّه بالنسبه إلى المثمن للمبيح المالك، وتكون الملكيه بالنسبه إلى الثمن للمباح له؟

وأيضاً: مقتضى: لا بيع إلا فی ملكٍ، هو أنّ من ليس بمالكٍ للشیء فلا بيع له.

إذن، مجرّد إباحه التصرّفات لا يشمل البيع وتملّك الثمن، وكذلك فی الثمن، فالأخبار كثيره يجمعها إنه: لا عتق إلّافی ملك، والمباح له ليس بمالكٍ، وتصرّفه بعتق الرّق لاـ معنى له، وكذلك فی الزكاه، فإنه يعتبر أن يعطی الإنسان ما يملكه زكاةً عن نفسه.

أقول:

كلّ هذا يصحّ فيما لو كان معنى المبادله ما ذكر.

أمّا لو قلنا: بأن معنى: البيع مبادله مالٍ بمالٍ: هو أن البيع لا يتحقق إلّا

بالمعـاوضه، فلاـ يتحقّق مجانـاً. أمّـا اعتبـار دخول الثمن فى كيس من خرج المثمن من كيسه فمن أين؟ إنّه لاـ دليـل على دخول الثمن فى ملك من خرج المثمن من ملكه.

وأيضـاً: عنوان التضائف بين المعوّض والعوض موجود، وهو يتحقّق حتى لو لم تكن العوضـيّه والمعاوضـيّه فى جهه الملكيّه، ولا دليل على أن يكون ذلك فى جهه الملكيّه خاصّه. وبعباره اخرى: العنوان يصـدق حتى لو لم يـدخل العوض فى كيس من خرج المعوّض من كيسه، كأنْ يعطى الإنسان شيئاً من النقود لشخصٍ من غير أن يملّكه إياه فيقول له: اشتر به خبزاً لنفسك وكُله، فهذا صحيح لا مانع منه.

وفى المضاربه، يعطى المالك النقود للعامل ليشترى بها كذا، وتكون له حصّه من الرّبح، فلا يقول له: هذه النقود ملك لى واشتر بها كـذا وبعه والرّبـح لى، ولك كذا عوضاً عن عملك، وإنما يقول له من أوّل الأمر: بع مالى والحصّه من الرّبح تنعقد من الأوّل فى ملكك.

فهذا كلّه صحيح عندنا، خلافاً للشيخ تبعاً للقواعد.

نعم، هو بناءً على مبنى شيخنا الميرزا – فى حقيقه البيع – غير معقول، ولكنْ قد تقدّم فى محلّه ما فى هذا المبنى.

وعلى كـلّ حـالٍ، فالكلاـم فعلاً فى مقام الثبوت، والمقصود أنّه لا مانع من تحقّق البيع من غير دخول العوض فى كيس من خرج المعوّض من كيسه، وأمّا فى مقام الإثبات، فيكفى عمومات «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم».

وقد تقدّم الإشكال الأوّل المشترک بين الوجهين الثالث والرّابع.

قوله:

نعم، يصحُّ ذلک بأحد وجهين، كلاهما فى المقام مفقود:

أحدهما: أن يقصد المبيح بقوله: أبحت لک أنْ تبيع مالى لنفسک، أنْ يُنشأ توكيلاً فى بيع ماله... كما صرّح فى التذكره... فيكون هذا بيعاً ضمنيّاً... .

أقول:

إنّ إباحه التصرّفات حتى المتوقّفه على الملک، موقوفه على تحقّق موضوع الملک، وتحقق الملكيّه إمّا هو: بنحو الضمنيّه أو التقييد أو الملازمه، فالموضوع لابدّ من تحقّقه بأحد الأنحاء بعد أنْ لم يكن بالصّراحه.

أمّا النحو الأوّل، فهو حيث تكون دلاله الإقتضاء - أى: ما يتوقّف عليه صحّه كلام المتكلّم - متحقّقهً، مثلًا: يقول علماء النحو بأنّ الفعل المسند إنْ لم يكن قابلاً للتعلّق بالمسند إليه، فلابدّ من أنْ يكون هناک مسند إليه مقدّر فى الكلام، كما فى قوله تعالى «وَ سْئَلِ الْقَرْيَهَ» (۱) فإن التقدير: أهل القريه، إذ يتوقّف صحّه الكلام على تقدير هذا المضاف وإلّا لم يصح. وفى الأمثله الشّرعيه تقول: أعتق عبدک عنّى، فإنّ العتق يتوقّف على الملک، ولا يمكن عتق العبد حالكونه مضافاً إلى كاف الخطاب، فلابدّ من التقدير، وكذا فى:

إذبح غنمى هدياً لنفسک، مع اشتراط كون الهدى فى الملک، فإنّ معنى ذلک:

ملّكه لى ثم أعتقه عنّى، وملّكه لنفسک ثم اذبحه. إذنْ، فالملكيه الضمنيّه متحقّقه بدلاله الاقتضاء فى المثالين، بلحاظ الكبريات الكليّه الدالّه على أنّ هذه التصرّفات يجب أنْ تكون فى الملک، فهى تكشف عن أن المراد من مثل العباره المذكوره هو التمليک ثمّ العتق، أو التملّک ثم البيع، كما لو قال: بع

۱- ۱) سوره يوسف: ۸۲ .

مالی لنفسک.

وفیما نحن فیه، لا ـ ریب فی أنّه لمّا یقول: أبحت لک کلّ تصرّف، لا یقصد التملیک والتملّک، وإنما یرید بهذه العباره إباحه التصرّفات حتّی المتوقّفه علی الملک.

فالملکیّه الضّمنیّه غیر حاصله(۱).

قوله:

الثانی: أنْ یدلّ دلیلٌ علی حصول الملکیّه للمباح له بمجرّد الإباحه، فیکون کاشفاً عن ثبوت الملک له عند إراده البیع آناًمّا... فیکون ذلک شبه دخول العمودین فی ملک الشخص... وهذا الوجه مفقود فیما نحن فیه... .

أقول:

أمّا النحو الثانی، مثل: الرجل لا یملک عمودیه وإنما یعتقان علیه، ومن ناحیهٍ اخری: یدلّ الدلیل علی أنّ المبیع یدخل فی ملکه فی مقابل الثمن الذی یدفعه، ومقتضی الجمع بین الدّلیلین حصول الملکیّه التقدیریّه، فالشارع اعتبر هناک ملکیّهً آناًمّا، ثم یحصل العتق فی الملک.

وهنا لا یوجد هکذا دلاله، لأنه لا یوجد دلیل خاصّ یتعبّد الشارع به کما جاء فی: أنّ الإنسان لا یملک عمودیه، فهو لمّا یقول: قد أبحت لک کلّ تصرّف، الظّاهر فی العموم لیشمل المتوقّفه علی الملک، لا یوجد دلیل علی أنّ تلک التصرّفات تجوز بنفس هذه الإباحه.

فإنْ قلت: إنّ عموم قوله: «الناس مسلّطون علی أموالهم» معناه: أنّ لهم أنْ یفعلوا فیها ما یشاؤون، ومن ذلک الإباحه للغیر فی أنْ یتصرَّف فی ماله

ص:۳۱۹

التصرّف الموقوف على الملک، فالعموم يشمل هذا، ومن ناحيه اخرى:

ظاهر «لا بيع إلّافى ملک» هو أنّ التصـرّف البيعى غير جائز، لتوقّفه على الملک، والمفروض انتفاؤه، ومقتضـى الجمع بين الدليلين تقدير الملکيه آناًمّا. فإذن، لا حاجه إلى دليل خاصّ، لأنّ مقتضى الجمع بين العمومين المذكورين هو مفاد الدّليل الخاصّ.

قلت: النسـبه بين الدليلين هو العموم من وجهٍ، لأنّ حديث السّـلطنه يشـمل التصـرّفات المتوقفه على الملک، و«لا بيع إلّافى ملک» يشـمل المبـاح والمملوک، لكنّ دليـل السّـلطنه قـد جـاء ليجعلهـا على الأمـوال المضـافه إضـافهً ملكيه، مضافاً إلى أنه إنما يجوّز السّـلطنه المشـروعه دون غيرهـا وإلّا لزم التناقض، فلا محاله، يكون دليل «لا بيع إلّافى ملک» حاكماً فى مادّه الاجتماع، والحاكم مقـدّم على المحكوم، إذن، فـدليل السّـلطنه غير شاملٍ لا بالتخصـيص بل بالمحكوميّه، فيكون باقياً على عمومه فى قـدره، أى فى التصرّفات المشروعه.

والحاصل، إنه ببرهان لزوم التناقض، يكون مفاد قاعده السّـلطنه محدوداً من أوّل الأمر بالتسـلّط المشروع على الأموال، ودليل: «لا بيع إلّافى ملک» يقول: لا تسلّط للمالک على ماله فى الإذن لغيره بالتصرّف فيه التصرّف الموقوف على الملک، فإنه غير مشروع.

إذن، لا معنى للملكيه التقديريّه.

وأمّا النحو الثـالث، بـأنْ تسـتكشف الملكيه إنّاً، كمـا لو بـاع ذو الخيـار فى زمن الخيـار المـال المنتقل عنه، أو باع الواهب المال الموهوب إلى غير ذى رحم، فإنّه من صـحّه البيع يستكشف إنّاً تحقّق الملكيه بالرجوع عن الهبه قبل البيع من الواهب، وذو الخيار له الملكيه بأخذه بالخيار، ففى آنٍ واحدٍ يملک

ويبيع ولاـ إشكال فيه، لأنّ العلّه والمعلول يكونان فى آنٍ واحد، لكنَّ هذا موقوف على أنْ يقصد الواهب الرجوع، لأنّ الرجوع يحتاج إلى القصد، وكذا الفسخ من ذى الخيار، وإنما يكون بالرجوع والفسخ صحيحاً، لأنّ إنشاء أحد الضدّين رافع للضدّ الآخر، فهو لمّا ينشئ الملكيّه للأجنبى - وهى مضادّه لملكيّه المتّهب - يكون راجعاً فى هبته، وكذا فى فسخ ذى الخيار، ولا حاجه فى إنشاء الفسخ والرجوع إلى أزيد من ذلك.

هذا شرح كلام الشيخ قدّس سرّه.

ونحن قد تكلّمنا على أصل الإشكال، وهو عندنا منحلٌّ على مختارنا فى حقيقه البيع، ومعنى: «لا بيع إلّافى ملك».

وهذا تمام الكلام على الإشكال الأوّل.

قوله:

وثانياً: الإشكال فى صحّه الإباحه بالعوض، الراجعه إلى عقد مركّب من إباحه وتمليك.

أقول:

الإشكال الثانى:

هو الإشكال فى صحّه الإباحه بالعوض، الرّاجعه إلى عقدٍ مركّب من إباحه وتمليك. وهنا بحوث فى جهاتٍ أربع:

١ - هل هذا بيع أو إجاره أو عاريه أو صلح، أو هى معامله مستقلّه؟

٢ - الإباحه المعوّضه صحيحه أو فاسده؟

٣ - وعلى تقدير الصحّه، هل هى لازمه أو جائزه؟

٤ - وعلى تقدير اللّزوم، هل هو لزوم تكليفىّ أو وضعىّ؟

الجهه الاُولی:

هذه المعامله لیست ببیع، لأنّ البیع: تملیک مالٍ بعوض، لا مبادله مالٍ بمالٍ بنحو الإطلاق وهی لیست بالإجاره، بناءً علی المشهور فی تعریفها، من أنّها تملیک المنفعه بعوض، لأن هذه إباحه وإذنٌ فی التصرّف والانتفاع لا تملیک للمنفعه.

وهی لیست بعاریهٍ، إذ العاریه تملیک الانتفاع، وهنا لا یوجد إلّاالإذن والترخیص، فهو لا یُوجد للطرف استحقاق الانتفاع ولا تملیکه.

قوله:

... إلّاأن یکون نوعاً من الصّلح، لمناسبه له لغهً، لأنّه فی معنی التسالم علی أمرٍ بناءً علی أنّه لا یشترط فیه لفظ الصّلح کما یستفاد من بعض الأخبار... .

أقول:

والمختار عند الشیخ أن هذه المعامله صلح، بالنظر إلی صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السّلام:

«فی رجلین، کان لکلّ واحدٍ منهما طعام عند صاحبه، ولا یدری کلّ واحدٍ منهما کم له عند صاحبه، فقال کلّ واحدٍ منهما لصاحبه: لک ما عندک ولی ما عندی. فقال: لا بأس بذلک إذا تراضیا وطابت أنفسهما» (1).

قال بعض الأکابر: الصّلح عقد من العقود، وکلّ عقد فهو یحتاج إلی الإنشاء، فلابدّ من انشاء مفهوم التصالح والتسالم. وقوله: لک ما عندک ولی ما عندی، لیس بانشاءٍ للصّلح (2).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۴۴۵، الباب ۵ من أبواب کتاب الصّلح، الرقم: ۱.

۲- ۲) المکاسب والبیع ۱ / ۲۱۸.

والظاهر أنه سهو، فإنّ هذه الجمله كنايه، فهما يذكران اللّازم ويريدان الملزوم، فينشآن مفهوم التصالح والتسالم بنحو الكنايه، ولا بأس بذلك، إذْ لا يعتبر فى العقود الصَّراحه فى اللّفظ بل المعتبر صراحه المعنى.

أقول:

إنما الإشكال فى أنه لماذا نجعل الإباحه المعوّضه صلحاً؟ فإنه يأذن بالتصرّف فى مقابل عوض، ولا دلاله فيه، لا بالصّراحه ولا بالكنايه، على إنشاء مفهوم التصالح، فبين الصّحيحه وما نحن فيه فرق واضح.

فالحق: أنها معامله مستقلّه.

الجهه الثانيه:

إنه على تقدير كونها مصالحه، فمقتضى أدلّه الصّلح هو الصحّه، وأمّا بناءً على أنها معامله مستقلّه، فقد استدلّ الشيخ بعموم قاعده السّلطنه و«المؤمنون عند شروطهم» وهو غير موافق على الاستدلال بآيه التجاره، لعدم صدق عنوان التجاره على هذا.

قوله:

ولو كانت معامله مستقلّه، كفى فيها عموم: النّاس... والمؤمنون... .

أقول:

مقتضى دليل السّلطنه أن المبيح له على السّلطنه على ماله، فله أنْ يرخّص الطرف فى التصرّف فى ماله فى مقابل العوض، فالعموم يشمل ما نحن فيه.

وربما يتوهّم: أن الشيخ قد منع من الاستدلال بحديث السّلطنه فى صحّه المعاطاه وعدم شرطيّه الإيجاب والقبول اللّفظيّين، فكيف يوافق هنا

على الاستدلال به؟

والإنصاف: أنه غفله عن كلام الشيخ، فهو هناك قال: بأن دليل السّلطنه يشمل كلّ نوعٍ من أنواع التصرّف يشك فى كونه نافذاً أوْلاً، وأمّا حيث نعلم بأنه نوع قد أنفذه الشّارع ثم شككنا فى اعتبار اللّفظ وعدم اعتباره، فإنه لا وجه للتمسّك بالدليل لنفى الشرطيّه.

وفيما نحن فيه: المشكوك فيه هو نفوذ هذا التصرّف وعدم نفوذه، فلا مانع من التمسّك به.

وربما يتوهّم: أن الشّرط عباره عن الإلزام والإلتزام فى ضمن شىء، وليس الإباحه فى مقابل العوض كذلك، فلا وجه للتمسّك ب«المؤمنون عند شروطهم».

وفيه: إنّ المراد من الإلزام والالتزام هو الإرتباط، وإباحه هذا مرتبطه بتمليك الطرف للعوض.

أقول:

بل لا يبعد صدق «التجاره» هنا أيضاً، وإنْ استشكل الشيخ، لأن التجاره هى الاسترباح، وهو هنا حاصل(١).

وتلخّص: صحّه هذه المعامله المستقلّه على المختار.

ص:٣٢٤

الجهه الثالثه:

بناءً على الصحّه، هل هى لازمه أو جائزه؟ وبناءً على الأوّل، هل اللّزوم مطلقاً أو من طرف المباح له فقط؟

قوله:

وعلى تقدير الصحّه ففى لزومها مطلقاً... أو من طرف المباح له... أو جوازها مطلقاً؟ وجوه، أقواها أوّلها ثمّ أوسطها.

أقول:

دليل القول باللّزوم مطلقاً: قوله صلّى اللّه عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»، فكأنّه قد اعتبر ثباتهم على شروطهم والتزاماتهم، و«الشرط» يصدق مع كون طرفٍ إباحهً والآخر تمليكاً، قال: هو الأقوى.

ودليل اللّزوم للمباح له دون المبيح هو: إن المال المباح باقٍ على ملك المبيح، فبمقتضى دليل السّلطنه له أنْ يسترجعه، وأمّا المباح له الذى ملّك، فقد خرج المال عن ملكه وليس مضافاً إليه.

وقد اختار الشيخ هذا الوجه بعد ذاك، وكأنّ نظره إلى أنّ دليل السّلطنه عام، وفى مقابله: «المؤمنون عند شروطهم»، فيقع التعارض بينهما بنحو العموم من وجه، ففى الإباحه المعوّضه مقتضى: المؤمنون... هو اللّزوم من الطّرفين، لكن عموم: «الناس مسلّطون...» يقتضى عدمه من طرف المبيح، فيتعارضان فى مادّه الاجتماع هذه ويتساقطان.

أقول:

أوّلاً: حديث «الناس مسلّطون...» إنما يجرى فى موضوع يراد إيجاده وهو قابلٌ لأنْ يرجع، أمّا لو أوجد شيئاً بسلطنته وحكم على ذلك الشىء

باللّزوم، فلا معنى للرّجوع فيه أخذاً بالقاعده، حتى يكون معارضاً للحكم المترتّب على الموضوع الذى وجد بواسطتها، وإلّا يلزم أنْ يكون الشيء سبباً لعدم نفسه، أو يلزم من وجوده عدمه.

لقد أثبتا بقاعده السّلطنه أنّ له أنْ يوجد الإباحه المعوّضه، وهى محكومه باللّزوم بمقتضى «المؤمنون عند شروطهم». وحينئذٍ، لا يمكن أنْ يكون حديث السّلطنه معارضاً له.

وثانياً: سلّمنا أنهما يتعارضان ويتساقطان، لكنّ المرجع حينئذٍ هو عموم أدلّه الوفاء بالعقود، كالآيه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) فإنّها بعمومها الاستغراقى شامله للإباحه المعوّضه، وهى تدلّ على الصحّه واللّزوم من الطرفين معاً.

فالصّحيح هو: اللّزوم من الطرفين، بمقتضى الآيه والحديث:

المؤمنون...

ثم إنّ الشيخ بعد أنْ استدلّ بما تقدَّم لِما ذهب إليه من الصّلح، قال:

ونحوه ما ورد فى مصالحه الزوجين

يريد الخبر عن الحلبى عن أبى عبداللّه عليه السّلام: «سألته عن قول اللّه عزّ وجلّ «وَ إِنِ امْرَأَهٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً» فقال عليه السّلام: هى المرأه تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: إنّى اريد أنْ اطلّقك، فتقول له:

لا تفعل، إنى أكره أن تشمت بى، ولكن انظر فى ليلتى، فاصنع بها ما شئت، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك، ودعنى على حالتى، فهو قوله تعالى: «فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً» وهذا هو الصّلح» (٢).

١- ١) سوره المائده: ١.

٢- ٢) وسائل الشيعه ٢١ / ٣۴٩ - ٣۵٠، الباب ١١ من أبواب القسْم والنشوز، الرقم: ١.

فقد اطلق «الصّلح» على تنازل المرأه عن حقوقها فى مقابل رفع الرجل يده عمّا أراده.

أقول:

إن ما ذكرناه فى الصحيحه السابقه آتٍ هنا، فإن «اصنع ما شئت و دعنى على حالتى» هو إنشاء للتصالح.

وفيما نحن فيه: إنّ الذى أنشأه هو الإباحه والتّرخيص، ولا يمكن أنْ يكون مصداقاً للصّلح، والصّلح أمر إنشائى، فلابدّ من الإنشاء الدالّ عليه بالمطابقه أو بالالتزام.

وبالجمله، فإنها معامله مستقلّه صحيحه ولازمه من الطّرفين كما تقدم.

الجهه الرابعه:

هل اللّزوم تكليفى، أى يجب عليه البقاء على الإباحه ويحرم الرجوع، أو وضعى، بمعنى عدم الأثر للرجوع؟

ولم يتعرّض الشّيخ وغيره لهذه الجهه.

ربما يقال: لا ـ معنى للّزوم الوضعى فى الإباحه المعوّضه، لأنّ الإباحه ترخيص، فله الرجوع، فيكون الحكم تكليفيّاً، فإنْ خالف ورجع لم يكن للمباح له التصرّف، إذ «لا يحلّ مال امرئ إلّابطيب نفسه» (۱).

لكنّ الظاهر: إن هذه الإباحه عقديّه وليست مجرّد الترخيص، وحينئذٍ، فللحكم الوضعى مجال، أى: لا يمكنه الرجوع والفسخ، ولا أثر لذلك، لفرض كونه معاملةً لازمةً، كما تقرّر فى الجهه السّابقه.

۱- ۱) تقدم فى الكتاب بألفاظه.

وتوضيحه: إنه إذا قال: أبحت لك التصرّف بالعوض، فهل يكون العوض فى مقابل الإباحه أو التصرّف من نفسه أو غيره فى مال المبيح؟ وعلى الثانى، هل المراد هو التصرّف الخارجى أو إمكان التصرّف؟ وعلى الأوّل، هل المراد إباحه التصرّف فى الجهه، بأنْ يكون له الرجوع متى ما أراد، أو إباحه التصرّف مادامت العين باقيهً فى ملكه، فله أن يبيع الشىء – مثلًا – فينتفى الموضوع، أو إباحه التصرّف مادامت العين باقيهً فى الخارج؟

وأيضاً: التصرّفات تارهً: متلفه للعين، كأنْ يباح أكله أو شربه بعوضٍ – كما هو الحال فى المطاعم – أو صرف الماء بعوضٍ كما هو الحال فى الحمّامات، وأخرى: غير متلفه لها، كما يباح الجلوس على الفرش والسكنى فى الدّار بالعوض.

وهذه الصّور تختلف من حيث التكليف والوضع، وتختلف أيضاً من حيث الآثار الخارجيّه. فمثلًا: لو لم يأكل الطعام فى المطعم بعد أنْ ابيح له الأكل بالعوض، لم يطالب بشىء، أما لو لم يسكن فى الغرفه بعد أنْ ابيح له السّكن فيها بعوض، فإنّه يطالب بالعوض المعيَّن.

لا يبعد أن يقال: بأنه إنْ كان العوض فى مقابل نفس الإباحه، فاللّزوم تكليفى، فللرّجوع أثر وإنْ عصى، إذْ ليس هناك شىء إلّافعله وهو الإباحه.

وإنْ كان فى مقابل التصرّف المرخَّص فيه، فاللّزوم وضعى.

فالأمر يختلف باختلاف الصّور. فليتأمّل.

ولو استأجر الغرفه بعوضٍ معيَّن لكلّ ليلهٍ، فالمشهور على بطلان هذه الإجاره، للجهل بالمدّه، إنّما الكلام فى حكم اللّيله الاولى، فقال العلّامه بالصحّه فيها. وكيف كان، فإنّه بالنسبه إلى ما عدا اللّيله الأولى إباحه بالعوض، فإنْ كان العوض فى مقابل التصرّف الخارجى، لم يكن عليه شىء إنْ لم

یسکن فی الغرفه، وإنْ کان فی مقابل إمکان التصرّف الخارجی، فالعوض واجب.

قوله:

وأمّا حکم الإباحه بالإباحه، فالإشکال فیه أیضاً یظهر مما ذکرنا فی سابقه، والأقوی فیها أیضاً الصحّه واللّزوم، للعموم، أو الجواز من الطرفین لأصاله التسلّط.

أقول:

یعنی: إنه لا ینطبق علیه عنوان من عناوین المعاملات إلّاالصّلح.

وفیه: إن الصّلح العقدی هو ما لو أنشأ مفهوم التسالم، وکونه مصداقاً للتسالم لا یجعله عقد صلح.

فهی معامله مستقلّه، وصحیحه، للعمومات.

أمّا اللّزوم، فقد اختاره الشیخ، لکنّه جوّز الجواز من الطرفین أیضاً.

دلیل اللّزوم هو: عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم».

ودلیل الجواز من الطرفین هو: أصاله السلطنه، وهو للطرفین لا لطرفٍ دون آخر، کما فی الفرع السابق، إذ کلاهما مبیح.

لکن المختار هو: اللّزوم من الطرفین.

ص:۳۲۹

التّنبيه الخامس: فی حکم جریان المعاطاه فی غیر البیع من العقود وعدمه

اشاره

ذکر من العقود: الإجاره والهدیّه والهبه والوقف، ولم یتعرّض لغیرها، کما أنه عنون «العقود» دون «الإیقاعات» مع عدم الفرق بینها، لوحده المناط.

ونحن نبحث عمّا ذکره فقط، فنقول:

العنوان تاره: غیر قابل للإنشاء بالفعل، واُخری: یقبل، لکنّ الشارع قد اعتبر له لفظاً معیّناً، وثالثه: تکون المعاطاه منافیهً لمضمون ما یریدان إنشائه.

وکلّ فعلٍ یکون اللّازم الخارجی للمقصود مع قصد المضمون، فإنّه لا یتحقق المعاطاه به، إذ لا مجال للمعاطاه بالکنایه، لأنّ الفعل لازم أعمّ.

مثلًا: إخراج العبد من الدّار ملازم لأنْ یکون معتَقاً، لکنّه لازم أعمّ فلا یصلح لأنْ ینشئ به إیقاع العتق.

وفی الأوقاف العامّه، لو خرج المالک عن الملک وراح ولم یرجع، لم یکن فعله وقفاً، لأنّ ذلک الخروج قد یکون ملازماً للوقف، لکنّه لازم أعمّ، فإذن، لا یترتّب الأثر علی لوازم الأفعال، إذ لا کنایه فی الأفعال، نعم، فی مثل وقف الفرش للمسجد، لا یبعد کفایه فرشه فیه.

فی النکاح؟

والنّکاح فی اللّغه العقد، یقال: تناکحت الأشجار، أی تعاقدت، وهذا المعنی یقبل الاعتبار الوضعی، فهل یتحقّق ذلک بالاضطجاع مع الأجنبیّه بقصد إنشاء الزوجیّه معها؟ ربما یقال بذلک، لکن لا یجوز النکاح فی الشرع

بلا لفظٍ، ولا أثر للمعاطاه فيه، بل لقد اعتبر الشارع فيه اللّفظ الخاص.

وربما يتوهّم: أنه لا يعقل تحقيق معنى الزوجيّه بالاضطجاع الخارجى، لأن حليّه الاضطجاع متوقفه على الزوجيّه، والمفروض تحقيقها بالاضطجاع، فحليّته موقوفه على الزوجيّه وهى متوقّفه على الاضطجاع، وهذا غير معقول، لأنَّ الحكم له حيثيه السببيّه لوجود المتعلَّق، فلا يعقل تأخّره عنه. وبعباره اخرى: ارتفاع حرمه الاضطجاع مع الأجنبيّه منوط بالزوجيّه، فلو انيطت الزوجيّه بالإضطجاع الخارجى، لزم أن يكون الموضوع رافعاً لحكمه، وتوضيحه:

إنّ الحكم فى مرحله التعلّق معلولٌ للمتعلّق، لأنّ الملاك قائم بالمتعلّق، والحكم معلول للملاك، فهو معلول للمتعلّق فى مقام نفس الأمر، لكنّ وجود المتعلَّق خارجاً مسبّب عن الحكم والحكم سبب له، مثلاً: وجوب الصّوم معلول للملاك، ولكنْ فى مقام الوجود الخارجى للصّوم يكون الوجوب هو الموضوع للوجود، إذْ لولا الوجوب لما وجد، فالمتعلّق فى الخارج معلول للحكم، فلا يعقل أنْ يتوقّف الحكم على وجود متعلّقه.

وتلخّص: إن هذا يكون محذوراً عقليّاً لتحقيق الزوجيّه بالفعل، وهو الاضطجاع.

هذا هو الوهم.

ويندفع: بما ذكرناه مراراً من أنّ الاختلاف بين السّبب والمسبّب يكون بتخلّل الفاء فقط، وليس بينهما اختلاف فى الزمان، وفيما نحن فيه: الحليّه متعلّقه بالمضاجعه التى تتحقّق بها الزوجيّه فى آنٍ واحدٍ، فقبل التحقّق الخارجى للمضاجعه المقصود بها الزوجيّه، كانت المضاجعه محلّلةً فى الاعتبار الشّرعى، لا أنّ الحليّه منوطه بالتحقّق الخارجى للمضاجعه،

فلا يلزم الدّور.

ثم إنّه لابدّ من تعميم البحث، ليشمل الإيقاعات أيضاً، فنقول:

إنّ جريان المعاطاه فى العقود والإيقاعات يبتنى على عدم وجود الدليل الشرعى على اعتبار اللّفظ فيها، وكذا عدم قيام البرهان العقلى على امتناع جريانها فيه، فإنه - مع عدم وجود الدّليل على اعتبار اللفظ وعدم البرهان على الامتناع - مقتضى القاعده هو الجريان، لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه.

فإنْ كان الدليل على العموم هو السّيره، فقد يشكل بعدم قيامها فى بعض الموارد.

وهذه قاعده كليّه تنطبق على كلّ فعلٍ خارجيّ معنون بالعنوان المقصود، وإلّا فلا وجه للبحث عنه.

لكنْ يقع البحث فى تشخيص المصاديق، من حيث وجود الدّليل الشّرعى أو البرهان العقلى على الإمتناع.

وقد ذكرنا وجود الدّليل الشّرعى على اعتبار اللّفظ فى النّكاح، وأنه لا يتحقّق إنشاؤه بالمضاجعه، ولولاه لقلنا بجريان المعاطاه فيه، لعدم البرهان العقلى على امتناعه، وقد عرفت الجواب عن الوجه العقليّ المذكور.

فى الرّهن؟

وفى الرّهن، قد يقال: بأنّ المعاطاه فى الرّهن أن يسلّم الرّاهن العين المرهونه إلى المرتهن، والحال أنّ إقباض العين المرهونه وقبضها شرط فى الرّهن، وكذا الكلام فى الوقف والقرض، فلو كانت المعاطاه الفعليّه - القبض والإقباض - محقّقةً لهذه الامور، يلزم اتّحاد الشّرط والمشروط، وهو مستحيل، لأنّ الشّرط يغاير المقتضى وهو دخيل فى فعليّه ترتّب المقتضى

على المقتضى، فكيف يعقل وحده المشروط مع شرطه؟

فهذا البرهان العقلى مانع من تحقق العقود المذكوره بالمعاطاه.

لكنْ يمكن الجواب عنه: بأنّ القبض والإقباض - من قبيل الوجود والإيجاد - فعل واحد خارجى له نسبتان، نسبه إلى الفاعل فيكون إقباضاً، ونسبه إلى نفس الفعل، فيقال قبض، فِلمَ لا يكون بما أنه إقباض رهناً وبما أنه قبض ارتهاناً، فيرتفع الإشكال بلحاظ تعدّد النّسبه.

نعم، لو يشكل فى جريان المعاطاه فى الرّهن، بأنه وثيقه الدّين، والعين المرهونه تبقى محبوسةً، وليس للرّاهن أنْ يتصرّف فيها، فلو جرت المعاطاه - وهى معامله جائزه على المشهور - فى الرّهن، كان له التصرّف فيها، وهذا ينافى حقيقه الرّهن، لكان إشكالاً وارداً.

ثم إنه يعتبر فى القرض أنْ يكون هناك قرينه على أنه تمليك بنحو الضّمان، وإلّا، فإنّ الفعل الخارجى - وهو إعطاء المال - أعمّ من أنْ يكون قرضاً أو هبةً أو غير ذلك.

قال الشيخ:

إعلم أنه قد ذكر المحقق الثانى رحمه اللّه فى جامع المقاصد - على ما حكى عنه - أنّ فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاه فى الإجاره، وكذا فى الهبه.

وذلك... .

وحاصل كلام جامع المقاصد هو: إن المعاطاه جاريه فى الإجاره والهبه، لأنّه إذا أمره بعملٍ على عوضٍ معيّن فعمله، فقد استحقّ الاُجره، ولو كانت الإجاره فاسدةً لم يجز العمل فى العين التى استؤجر للعمل فيها كأنْ يغسلها مثلاً.

وكذا لو وهب بغير عقدٍ، فإن ظاهر الفقهاء جواز الإتلاف، ولو كانت

هبةً فاسده لم يجز، بل منع من مطلق التصرّف.

فأشكل عليه الشيخ بقوله:

فی الهبه؟

وفيه: إن معنى جريان المعاطاه فی الإجاره على مذهب المحقّق الثانی:

الحكم بملك المأمور الأجر المعيَّن على الآمر، وملك الآمر العمل المعيّن به، ولم نجد من صرّح به فی المعاطاه.

أی: لِمَ لا يجوز له العمل، بل يجوز، وفساد المعامله لا يوجب منعه عن العمل، لا سيّما فيما كان العمل فی شیء آخر ليس ملكاً للموجر، كالكتابه وقراءه القرآن مثلاً، ويستحقّ اجره المثل، لأنه لم يقصد التبرّع، وإنما قصد عوضاً لم يسلّم له.

قوله:

وأمّا مسأله الهبه، فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدلّ على جريان المعاطاه فيها، إلّاإذا قلنا فی المعاطاه بالإباحه... .

وحاصل الكلام فی الهبه هو: إن المحقّق الثانی القائل بإفاده المعاطاه للملك، لا يمكنه الاستدلال لجواز الهبه المعاطاتيّه، لأن إفادتها الملك متوقفه على اللّفظ، للإجماع على اعتبار اللّفظ فی المعامله اللّازمه، فإذن، لا تجری المعاطاه فی الهبه إلّاعلى مبنى القائلين بإفادتها الإباحه.

فی الإجاره؟

أقول:

أمّا فی إجاره الأعيان كالدّار والبستان، فالمعاطاه جاريه، لصدق عنوان

الإجاره على المعاطاه الخارجيّه، وكذلك فى الهبه - وهى فى الأعيان دائماً - للصّدق بلا إشكال.

إنما الكلام فى إجاره الأعمال، والإنصاف أنه مشكلٌ، للإشكال فى تحقّق مضمون الإجاره بالمعاطاه، لأنّ إجاره العمل هى أنْ يملك المستأجر العمل فى ذمّه الأجير، والإيجاب فى الإجاره يكون دائماً من طرف الأجير، فأمّا قبل العمل، فلا دليل على كونه ملكاً للمستأجر حتى يوجده الأجير، وأمّا بعد العمل، فلا شىء حتى يكون ملكاً للمستأجر. والقول بأنه لو أخذ الأجير الأجره قبل العمل - مع أنه لا يستحقّها - كان الأخذ بمنزله الإيجاب منه لتمليك العمل فى ذمّته للمستأجر المعطى للأُجره، والإعطاء بمنزله القبول، وكذا لو جاء بالثوب مثلاً- إلى الخيّاط، فإنه بمنزله القبول، وأخذ الخياط الثوب إيجابٌ منه لتمليك الخياطه لصاحب الثوب، تكلّف.

وتلخص: جريان المعاطاه فى الهبه.

وأمّا فى الإجاره، فلابدّ من التفصيل بين الأعيان، فتجرى، والأعمال فلا تجرى، فظهر ما فى إطلاق قول الشيخ:

الأظهر بناءً على جريانها فى البيع جريانها فى غيره من الإجاره والهبه... .

وتعرّض للرّهن فقال:

وظاهر المحكّى عن التذكره: عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال فى باب الرّهن... لكن استشكله فى محكىّ جامع المقاصد... ولعلّ وجه الإشكال:

عدم تأتّى المعاطاه بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع... .

وحاصل كلامه: عدم جريانها فى الرّهن على جميع الأقوال، لأنه إنْ كان المقصود بالمعاطاه هو الإباحه، كما عليه صاحب الجواهر، فهذا خلاف المقصود من الرّهن، إذ المقصود منه تصرّف المرتهن فيما يأخذه، وإن كانت

المعاطاه مفيـدةً للإباحه – وإنْ قصـد بها التمليك – كما عليه المشـهور، فكـذلك، وإن كانت مفيدةً للملكيّه الجائزه، فهى مباينه للوثـاقه الرهنيّه. وأمّـا القول بأنّ المعاطاه فى خصوص الرّهن مفيـده للّزوم، فهـذا خلاف الإجماع على أن العقود اللّازمه يعتبر فيها اللّفظ.

أقول:

وهو كلام متين جـدّاً، لكن لنا أنْ نقول: المعاطاه تفيـد الملكيّه، ونسـلّم بأنها الملكيّه الجائزه، لكنّ هـذا الجواز إنما جاء من ناحيه الإجمـاع، وإلّا فمقتضـى القاعـده هو اللّزوم، وعلى هـذا، فكلّ عقـد أمكن فيه الجواز واللّزوم، كان الإجماع مانعاً فيه عن اللّزوم، وكلّ عقدٍ لا يتحقّق فيه حقيقه العقد إلّا باللّزوم، فهو خارج عن القدر المتيقن من معقد الإجماع، والرّهن بعد شمول العمومات له من هذا القبيل، فالمعاطاه جاريه فيه وهى معامله لازمه.

قوله:

ولأجـل ما ذكرنا فى الرهن، يمنع من جريان المعاطاه فى الوقف، بأنْ يكتفى فيه بالإقباض، لأنّ القول فيه باللّزوم منافٍ لم اشـتهر بينهم من توقّف اللّزوم على اللّفظ، والجواز غير معروف فى الوقف من الشارع. فتأمّل... .

أى: إنّ الوقف حبس العين وتسبيـل المنفعه، فحقيقه الوقف ليس الإبـاحه بـل هو الحبس، وإفـاده المعاطـاه جواز الوقف لا لزومه ينافى حقيقته، وإنْ قلنا بإفادتها اللّزوم، كان مخالفاً لما أطبق عليه الأصحاب من الاحتياج إلى اللّفظ.

ص:٣٣٦

فی الوقف؟

أقول:

إنَّ حقیقه الوقف من الوقوف، فهو إیقافٌ للملک وحبسٌ للعین عن الإنتقال، لأنّ الملک فی حدّ ذاته قابلٌ للانتقال، والوقف سواء علی الأولاد أو علی العامّه، وسواء کان تحریراً للملک کما یعتق العبد، أو تملیکاً لجهه، فلا انتقال فیه ولا جریان، بل هو علی کلّ تقدیرٍ إیقافٌ للعین، فإنْ لم یُعتبر فیه قصد القربه، جاز الوقف المعاطاتی، وکان له الرجوع فیه، إلّاأنْ یقوم الإجماع علی عدم الجواز، وإنْ اعتبر فیه القصد - کما هو المشهور - فالدّلیل الشرعی قائم علی الحبس وهو ما دلّ علی أنّ «ما کان للّه لا یرد».
فالدلیل علی اللّزوم هو الدّلیل الشّرعی الخاصّ.

فظهر الفرق بین الوقف والرّهن، إذ الرجوع والجواز ینافی حقیقه الرّهن ولا ینافی حقیقه الوقف، لکنّ المانع ما ذکرناه.

والحاصل: إن المعاطاه جاریه فی الرهن والوقف، وهی لازمه فی کلیهما. والجواب عن الإجماع علی الجواز فی المعاطاه قد تقدّم.

ص:۳۳۷

التّنبیهُ السادس: فی ملزمات المعاطاه علی کلٍّ من القول بالملک والقول بالإباحه

اشاره

قال الشیخ:

إعلم أنّ الأصل علی القول بالملک: اللزوم، لما عرفت من الوجوه الثمانیه المتقدّمه، وأمّا علی القول بالإباحه، فالأصل عدم اللّزوم، لقاعده تسلّط الناس علی أموالهم... .

أقول:

أمّا بناءً علی إفاده المعاطاه الملک، فإنّ الوجوه الثمانیه تفید اللّزوم، وهی:

قاعده السّلطنه، فالآخذ مالک وله السّلطنه، ولیس للمعطی الرجوع والتصرّف علی خلاف سلطنه الآخذ.

وقوله: لا یحلُّ... ووجه الاستدلال کسابقه.

وآیه التّجاره، فإنها تدلُّ علی اللّزوم بکلتا الجملتین.

وآیه الوفاء بالعقود، ومقتضاها أنْ یکون المعطی واقفاً علی العقد الذی أوجده وأنْ یفی به، فلو رجع عن عقده فقد خالف الأمر بالوفاء.

والبیّعان بالخیار... فإنه مع الافتراق لا رجوع له. وفی بعض الألفاظ:

وجب البیع.

والمؤمنون عند شروطهم، دلّ علی أنّ المؤمنین واقفون عند شروطهم، ملتزمون بها، لا یخالفونها، والرجوع ینافی هذا المعنی.

والاستصحاب، فإنّ مقتضاه بقاء ملکیّه الآخذ.

وأمّا بناءً على إفادتها الإباحه، فمقتضى القاعده هو الجواز، وأنّ للمعطى الرجوع فيما أعطاه، لعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم» واستصحاب السّلطنه الموجوده من قبل المعاطاه، فإنه لو شكّ بأنّ هذه الإباحه تزيل السّلطنه أوْلا؟ يستصحب بقاؤها، وهذا الاستصحاب حاكم على استصحاب الإباحه الحاصله للآخذ قبل رجوع المعطى.

إلى هنا كلام الشيخ.

فأقول:

إنّ ما ذكره بناءً على القول بالملك تام، لكنّ كلامه بناءً على القول بالإباحه مجمل جدّاً، بل الإنصاف عدم خلوّه من الإشكال، لأنّ الإباحه فى المعاطاه على أنحاء:

١ - الإباحه المالكيّه المقصوده للمتعاطيين، وهو مختار صاحب الجواهر.

٢ - المعاطاه المقصود بها الملك، لم يعتبر الشارع فيها الملكيّه واعتبر الإباحه المالكيّه الضّمنيه الحاصله ضمن التمليك المقصود.

٣ - المعاطاه بعنوان التمليك، وكان الرّضا تمليكاً ولم يكن هناك رضا بالإباحه فى الضّمن، والشّارع لم يمض هذا الرّضا، وإذْ سقط التمليك لعدم اعتبار الشارع، سقط الرضا تبعاً له، إلّاأنّ الشّارع قد اعتبر الإباحه، فهى إباحه شرعيّه تعبّديه محضه، فكأن الشارع يقول: من أعطى ماله إلى غيره بقصد التمليك، فهذا الإعطاء عندى سبب لترخيصه فى التصرّف، وإنْ كان تصرّفه على خلاف رضا المالك، نظير المعامله الفاسده، حيث أنّ الشارع لم يعتبر الملكيّه فى العقد الفاسد، ولا يوجد هناك رضا من المالك بالتصرّف، لكنْ يوجد فى المعاطاه هكذا تعبّد من الشارع.

ص:٣٣٩

فإن كانت الإباحه من قبيل الأوّل، فللمعطى الرجوع، لقاعده السّلطنه، لأنّ الشىء باق على ملكه ولم يقصد هو التمليک ولا جاء من قبل الشارع ملكيّه تعبّديه، وحينئذٍ، لا معنى لأنْ يجمع الشيخ بين القاعده والاستصحاب، لأنّ مقتضى القاعده كون المال مالاً له، ولا شک فى بقاء الملكيّه، مضافاً إلى أنه مع وجود الدليل لا مجال للأصل، كما أنّ استصحاب الإباحه أيضاً لا معنى له، حتى يكون ذاک حاكماً عليه، لأنه قد أباح ثم رجع.

وإنْ كانت الإباحه ضمنيّهً حاصلهً من المالک وقد اعتبرها الشارع، فإنّه - وإنْ زعم أن المال خارج عن ملكيّته - لا يزال المال فى ملكه بحكم الشارع، فالإضافه الملكيّه موجوده وعلى أساسها تجرى قاعده السلطنه، وله الرجوع، فلا تصل النوبه إلى استصحاب السّلطنه السّابقه، ولا تجرى أصاله الإباحه حتى يكون محكوماً.

وإنْ كانت الإباحه شرعيّه تعبّديه - بأنْ يقول: إنه وإنْ لم يتملّک المتعاطيان المالين، ولا رضا منهما بالتصرّف أصلاً، فهما متعبَّدان بإباحه التصرّف فيما أخذاه - فإنه يستصحب بقاؤهما بعد المعاطاه ورجوع المالک، لأنّه يشکّ فى أنه بالرجوع قد ارتفعت بالإباحه الشرعيّه أوْلا؟ فالأصل بقاؤها، وهذا الأصل لا يمكن أنْ يكون محكوماً. نعم، قاعده السّلطنه محفوظه، فله التصرّف فى ماله، كأنْ يبيعه مثلاً فيرتفع الموضوع، لكنْ مادام هو موجوداً فالشارع تعبّد بجواز التصرّف للآخذ، وكلّما يقول: لست براضٍ بتصرّفاتک، لم يكن مؤثّراً، لأنّها إباحه شرعيّه لا مالكيّه، والمالكيّه هى التى ترتفع بالرجوع.

فإذن، ليس هناک منافاه بين قاعده السّلطنه واستصحاب بقاء الإباحه، فضلاً عن أن يوجد التنافى بين استصحابهما فيقال بتقدّم ذاک على

هذا بالحكومه.

وعلى فرض جريان استصحاب السّلطنه، فإنه يفيد لأنْ يتصرّف المالك فى ملكه التصرّفات الناقله أو المتلفه، وأمّا مادام المال موجوداً، فالحكم بالإباحه الشرعيّه موجود، ومع الشكّ فى بقائه يستصحب.

تلف العوضين

قوله:

إذا عرفت هذا، فاعلم: أن تلف العوضين ملزم إجماعاً - على الظّاهر المصرّح به فى بعض العبائر. أمّا على القول بالإباحه فواضح، لأنّ تلفه من مال مالكه، ولم يحصل ما يوجب ضمان كلٍّ منهما مال صاحبه. وتوهّم جريان قاعده الضّمان باليد هنا مندفع بما سيجئ.

أقول:

توضيح كلامه وتقريب مرامه هو: إن سبب الضّمان إمّا الإتلاف أو اليد، أمّا قاعده الإتلاف - من أتلف مال الغير فهو له ضامن - فمصطاده من موارد عديده من الشّريعه، لكنّ كلّ قاعده مصطاده كذلك، فلابدّ وأنْ يكون لها جهه يشترك فيها جميع الموارد، والجامع بينهما هنا هو عدم وجود الإباحه الشرعيّه، فلو كان الإتلاف من ناحيه الإباحه، فلا ضمان، فالإتلاف الذى هو سبب الضّمان يكون حيث لا إباحه، والمفروض هنا وجود إباحه التصرّف شرعاً، فلا تجرى القاعده.

وأمّا قاعده اليد - على اليد ما أخذت حتى تؤدّى - فهى موجبه للضّمان عند التلف، فيما لو كان الإنسان مخاطباً بردّ العين حال وجودها، والمتعاطيان لم يكونا مكلَّفين بالأداء، فهما فى حال التلف ليسا بمكلَّفين

بأداء المثل أو القيمه. ولذا قال الشيخ: لأنّ تلفه من مال مالكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كلٍّ منهما مال صاحبه.

لكن يرد عليه:

أوّلاً: قوله على الإباحه.

فإنّ القول بالإباحه - وهو قول المشهور - مبنيٌّ على أن المعاطاه بيع فاسد، وسيأتى أن كلّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فلماذا قال بعدم الضمان؟

وثانياً: قد تقدّم - فى الكلام على ما ذهب إليه كاشف الغطاء رحمه اللّه، من أنّ القول بإفاده المعاطاه للإباحه يستلزم تأسيس قواعد جديده - قول الشيخ: بأنه إذا تلف المأخوذ بالمعاطاه نستكشف الملكيه قبله آنّاًمّا، وعلى ما ذكره هناك، يكون التلف من كلٍّ منهما فى ماله، فإذن، لا موضوع للضّمان.

فما أفاده هنا ينافى كلامه هناك، ولا طريق للجمع بينهما.

نعم، لو قيل فى البحث عن تلك القاعده، بأنّ الإقدام على الضمان لا يكون سبباً لضمان المثل أو القيمه بتلف العوضين، كان لما ذكره وجه، لكنّه لا يقول بذلك.

قوله:

وأمّا على القول بالملك، فلما عرفت من أصاله اللّزوم، والمتيقَّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين، وحيث ارتفع مورد الترادّ امتنع... .

أقول:

إن القدر المتيقَّن من الخروج من الأصل، هو صوره وجود العينين، وأمّا مع تلفهما فالقاعده محكّمه.

قال بهذا، والحال أن مسلكه أنه لو كان الحكم مترتّباً على عام، ومتعلَّق

الحكم أمر زمانى ولكنْ كانت حيثيّه الاستمرار الزمانى فيه من ناحيه الإطلاق، وبعباره اخرى: الحكم متوجّه إلى المتعلّق الذى له استمرار فى الزمان، وكان الزمان ظرفاً للمتعلَّق - لا ـ مفرّداً للحكم - فلو كان للمتعلّق حكم فى زمانٍ على خلاف حكم ذلك العامّ، فإنه مع الشك بعد ذلك الزّمان لا يتمسّك بالعام، فكيف يقول هنا بالتمسّك بالعمومات؟

ولقد تعرّضنا لهذا المطلب فى بحوثنا الاصوليّه، ولنا فيه مسلك خاص، توضيحه:

إنه لو قال: «أكرم العلماء» كان ظاهراً فى إكرامهم فى كلّ زمانٍ وبأنحاء الإكرام، لكنّ هذه الأنحاء غير مأخوذه فى اللّفظ، بل هذا الاستمرار مستفاد من الإطلاق، بخلاف ما لو قال: «أكرم العلماء فى كلّ يوم»، فإنّ الحكم متوجّه إلى أفراد الإكرام المتعدّده بعد الأيّام، فإكرام كلّ يوم متعلَّق للإيجاب، فإنْ قال بعد القول المذكور: «لا تكرم زيداً العالم فى يوم الجمعه»، فقد أخرج يوم الجمعه وبقى وجوب إكرامه فى سائر الأيّام، لأنّ المفروض هو تعدّد الإكرام، ولو شك فى وجوب إكرامه فى غير الجمعه، تمسّک بالعام بلا كلام.

أمّا لو كان قوله: «لا تكرم زيداً العالم فى يوم الجمعه» بعد قوله: «أكرم العلماء» وكان استمرار الإكرام من باب أنّ الزمان ظرف للإكرام، فإنه لا يتمسّك بالعامّ لدى الشك فى إكرامه عدا يوم الجمعه، لأن قوله: «يوم الجمعه» ليس مخصّصاً للعموم الأزمانى، إذ المفروض أنْ لا عموم أزمانى، فلا محاله، يكون «لا تكرم» مخصّصاً ل«العلماء». فزيد يخرج من تحت العلماء يوم الجمعه، ولا يتمسّك بوجوب الإكرام بالنسبه إلى يوم السّبت مثلاً، بل يستصحب حكم يوم الجمعه.

هذا مسلك الشيخ رحمه اللّه، كما فى التنبيه العاشر من تنبيهات

ص:٣٤٣

الاستصحاب (۱) وكذا فى خيار الغبن (۲).

وفيما نحن فيه، مقتضى الآيه المباركه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هو الإستمرار الأزمانى لوجوب الوفاء، فإذا قام الدّليل على جواز المعاطاه مع وجود العينين، كان مخصّصاً للعموم و دالّاً على عدم وجوب الوفاء فى زمان وجود العينين، فتسقط حينئذٍ أصاله اللّزوم، ويستصحب حكم المخصّص، وإذا سقطت دلاله الآيه، سقط غيرها من الأدلّه بالأولويّه، ولا مجال للإستصحاب، لأنّ الملكيه السّابقه كانت جائزةً، واستصحاب بقاء هذه الملكيّه لا يفيد اللّزوم.

لكنّ الحقّ - كما ذكرنا فى الاصول - أنّ الزمان فى الأدلّه قيد للمتعلَّق، إذ الإكرام إنّما يقع فى الزمان، فإذا ورد عام وتعلَّق بحكم كآيه الوفاء، كان ظاهراً فى الإطلاق بحسب الأزمنه، والزّمان ظرف للوفاء لا للحكم، وإنّما ترفع اليد بقدر المخصّص، وعليه، فالوفاء واجب إلّافى ظرف وجود العينين.

فما ذهب إليه الشيخ هنا صحيح على هذا المسلك المحقَّق، لا على مسلكه فقهاً واُصولاً، وإنْ اختاره بعض مشايخنا، فإذا تمّ ما ذكرنا فى الآيه، كان جارياً فى غيره من العمومات، لأنّ المخصّص هو الإجماع، وهو دليل لبّى يؤخذ منه بالقدر المتيقَّن، وهو حال وجود العوضين كما ذكر، والمرجع فى غيره هو العمومات.

هذا، وقال المحقق الخراسانى معلّقاً (۳) على قول الشيخ: والمتيقّن من مخالفتها جواز ترادّ العينين، ما ملخّصه: أن المراد ليس انتقال العينين من

۱- ۱) فرائد الاصول: ۳۹۵ ط الحجريّه.

۲- ۲) المكاسب: ۲۴۳ ط الشهيدى.

۳- ۳) حاشيه المكاسب: ۲۲.

مکانٍ إلى آخر خارجاً، بل هو الترادّ فی الملکیّه، وهو عباره اخری عن حلّ العقد، ولذا قال ابن إدریس: بأنَّ المعاطاه یجوز فیها الفسخ. فالترادّ ملکاً یرادف جواز الفسخ، وحینئذٍ، یترتّب علیه الرجوع إلى البدل.

وفیه:

أوّلاً: إن کان المراد هو الترادّ فی الملکیّه، فهل الموضوع ترادّ طبیعیّ العوضین أو خصوصهما؟ إن کان الأوّل، فالإشکال وارد، لکنّ الموضوع لجواز الترادّ هو العینان بوصف وجودهما الخارجی، وبمجرّد التلف یرتفع موضوع الحکم وبارتفاعه یرتفع الحکم، وحینئذٍ تتحکّم أدلّه اللزوم.

وثانیاً: أنا لو تنزّلنا عن أنّ الموضوع مقیّد بوصف الوجود، فلا أقل من الشکّ.

لکنْ لا یتوهّم دخوله فی القسم الثانی من استصحاب الکلّی، بأنْ یکون الجواز مردّداً بین فردین، أحدهما زائل وهو الترادّ المتّصف بالوجود والآخر باق، وهو ترادّ طبیعی العوضین، فیستصحب جواز الترادّ الثابت قبل التلف، فیکون الحق ما ذکره المحقق الخراسانی.

إذ فیه: إنه لا مانع من استصحاب الکلّی القسم الثانی فی الموضوعات، لکنّه فی الأحکام موقوفٌ على إحراز الموضوع، لأن وحده الموضوع فی الإستصحاب شرط، لکنّ الموضوع مشکوک فیه، فلا یجری الاستصحاب، ومن هنا یمکن القول بأنّ الاستصحاب من القسم المذکور منحصرٌ فی الموضوعات.

قوله:

ولم یثبت قبل التلف جواز المعامله على نحو جواز البیع الخیاری حتّى یستصحب بعد التلف، لأنّ ذلک الجواز من عوارض العقد لا العوضین، فلا مانع من

ص:۳۴۵

بقائه... بخلاف ما نحن فيه... .

أقول:

إنّ معنى اللّزوم بعد التلف هو أنْ لا يرجع إلى البدل من المثل أو القيمه، وبيان ذلك:

أمّا على بالإباحه، فإنّ الإباحه على أربعه وجوه:

أمّا على ما ذهب إليه صاحب الجواهر، من أن المتعاطيين يقصدان الإباحه من أوّل الأمر، فلأنه إذا تلف العوضان، فهما تالفان فی ملک المالک، فلا تکون يد الآخذ يد ضمانٍ حتی يضمّن بعد التلف بالرجوع إلی البدل، بل اللّزوم حاصل.

وأمّا على ما ذهب إليه الشهيد الثانی - وتبعه المحقق الخراسانی - من أنّ المعاطاه تفيد الملک بشرط تلف العوضين، فإن کان بنحو الشرط المتأخر، فإنه يستکشف منه حصول الملکيه من أوّل الأمر وأنّ الإباحه کانت ظاهريّهً، وإن کان بنحو الشرط المقارن، بأنْ تحصل الملکيه مقارنهً للتلف، فالإباحه قبل التلف ثابته بالدليل الخارجی، أو أن تسليط المعطی فيه إباحه مالکيه ضمنيّه، فإذا تلفت العين کان التلف واقعاً فی ملکه، فلا موضوع للضمان.

وأمّا القول: بأنّ المتعاطيين وإنْ قصدا التمليک لکنّ الشارع لم يمضه وأن البيع فاسد، إلّاأنّ التسليط اليدی الحاصل يفيد الإباحه المالکيه الضمنيّه، فالعين غير تالفه فی ملک من کانت عنده، بل هی من مال المالک الأوّل، إلّاأنه لا ضمان، لعدم جريان قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، ووجه عدم الجريان هو: إنّ تلک القاعده إنما تجری حيث لا إباحه مالکيه.

وأمّا على القول: بإفاده المعاطاه للإباحه بالتعبّد الشرعی، بأنْ يکون الشّارع متعبّداً بها بعد عدم إمضاء ما قصداه من التمليک، فلا ضمان کذلک،

لما أفاده الشيخ سابقاً من أنّ الإجماع على عدم الضمان يكشف عن أنّ الإباحه كانت إلى وقت ما قبل التلف، فإذا حصل تحقّقت الملكيّه، فيكون التلف فى الملک، فلا موضوع للضّمان، وعلى فرض عدم قبول ما ذکره، المبنىّ على مقتضى الجمع بين الأدلّه، أمكن القول بأنّ القاعده المتقدّمه غير جاريه هنا كذلک، لأنّها إنما تجرى حيث لا إباحه مطلقاً، والمفروض فى المقام وجود الإباحه الشرعيّه التعبديّه.

وهذا كلّه بناءً على الإباحه.

وأمّا على الملک، بمعنى أنّ المعاطاه تفيد الملكيّه وقد أمضاها الشّارع، فيكون كلّ واحدٍ مالكاً للعوض الذى يأخذه، مع جواز الترادّ، فقد ذكر الشيخ أنّ جوازه محدود بالإمكان، وهو حيث يكون العوضان موجودين، فعلى هذا، يصحّ التمسّک بأصاله اللّزوم، لأن القدر المتيقن خروجه هو حال وجود العوضين.

وقد أورد عليه بعض الأكابر بوجهين مهمّين:

أحدهما: إنّ أصاله اللّزوم مستنده إلى عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و«المؤمنون عند شروطهم»، لكنّ زمان وجود العوضين ظرف للحكم لا قيد، وقد قرّر الشيخ أنّ فى مثله لا يتمسّک بالعام بل يستصحب حكم الخاص، فالمرجع حينئذٍ استصحاب جواز الترادّ.

والثانى: إن المراد من الجواز فى المعاطاه عباره عن جواز الرجوع فى العوضين، نظير رجوع الواهب فى الهبه، فليس جواز الترادّ على نحو جواز الفسخ. هذا ما ذكره الشيخ. فيرد عليه: إن ذلک عباره اخرى عن حلّ العقد وفسخه، إذ لا معنى لبقاء العقد بعد استرداد كلٍّ منهما ما أعطاه وإرجاعه إلى ملكه، ولازم انحلال العقد هو الرجوع إلى المثل أو القيمه، فلماذا لا يقول

الشيخ بذلک؟

أقول:

إن المعاطاه هی الإعطاء والأخـذ، والترادّ عبـاره عن الاسترجـاع لما اعطی واُخـذ، وجوازه حکم ثابت بالإجماع، فموضوع جواز الترادّ هو استرداد العوضین إلی الملک، ولازم ذلک انحلال العقد، لا أنّ جواز الترادّ عین فسخ العقد وحلّه، ففرقٌ بین فسخ العقد – کما فی الخیار – ولازمه الترادّ، وجواز الترادّ الـذی یکون فسـخ العقـد لازماً له، فهما متغایران متعاکسان. وإذا علمت هذا، فمن الواضح أنّ جواز الترادّ للعوضین إنّما یکون مع وجودهما، فإذا انتفیا فلا حکم بالجواز لعدم بقاء الحکم بعد ارتفاع الموضوع.

وعلی هـذا، فلا مجال للبحث عن انحلال العقـد، لأنه إنّما کان علی أثر جواز الترادّ، وإذ امتنع فلا یبحث عنه، حتی یقال بأنّ لازم الإنحلال هو الرّجوع إلی المثل أو القیمه.

وبما ذکرنا ظهر: أن الشیخ لا یرید التمسّک بالعموم، حتّی یقال بأنّه من التمسّک بالعام بعد انقضاء زمان المخصّص.

فالإشکالان مندفعان.

تلف احدی العینین

قوله:

ومنه یعلم حکم ما لو تلف احدی العینین أو بعضها علی القول بالملک.

أقول:

لأنّ القـدر المتیقّن من الجواز بنـاءً علی الملک هو وجود العینین، لأنّ الترادّ کـان فی صوره وجودهمـا بتمامهما، وأمّا مع تلف أحدهما أو بعضه،

فالمرجع عمومات اللّزوم.

قوله:

وأمّـا على القول بالإبـاحه، فقـد اسـتوجه بعض مشايخنا – وفاقاً لبعض معاصـريه تبعاً للمسالك – أصاله عـدم اللّزوم، لأصاله بقاء سلطنه مالك... .

أقول:

وجه القول بعدم اللّزوم هو: إنّ كلّاً منهما كان يجوز له التصـرّف بما فى يده، فلو تلف أحد العوضين فلا دليل على تملّك الآخر، بل إنّ الذى تلف ما كان بيده يحكم عليه بدفع البدل، عملاً بدليل السّلطنه الثابته للطّرف المقابل.

قوله:

وفيه: أنها معارضه بأصاله براءه ذمّته عن مثل التالف أو قيمته... .

أقول:

قال السيّد: لا معارضه بين الأصل والدّليل، بل الدّليل مقدَّم.

لكنّه غفله عن كلام الشـيخ، فقد تمسّك بأصاله السّلطنه لا قاعدتها، لأنّه بعد تلف احدى العينين واحتمال كون العوض الموجود بيـد الآخر ملكاً له، فلا مجرى للقاعـده، لعدم إحراز كونه مالكاً له، فصدق «أموالهم» عليه غير معلوم، لكنه مجرى للاستصـحاب، فيستصحب بقاء المال على الملكيه السّابقه وتترتب عليه السّلطنه، وتكون ذمّه من تلف بيده مشغوله بالبدل، فلا يرد الإشكال، وما ذكره هو الصحيح.

إلّا أنه يقع التعارض بين الإستصـحاب وأصاله عدم اشتغال ذمّه من تلف عنده المال عن المثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى دليل للرجوع فى العين الموجوده.

وممّا ذكرنا ظهر أن الصحيح هو التعبير بأصاله عدم اشتغال الذمّه

ص:۳۴۹

لاـ براءتها، لأنّ أصاله البراءه أصل حكمى ولا يجرى الأصل الحكمى مع وجود الأصل الموضوعى، لا سيّما الاستصحاب، إلّاأن يكون مراده ما ذكرناه.

قوله:

والتمسّک بعموم على اليد هنا فى غير محلّه، بعد القطع بأنّ هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان، بل ولا بعده، إذا بنى مالك العين الموجوده على إمضاء المعاطاه ولم يرد الرجوع، إنما الكلام فى الضّمان إذا أراد الرجوع، وليس هذا من مقتضى اليد قطعاً.

أقول:

حاصله: إن الضّمان إنما يكون فيما لو كانت اليد يد ضمان من أوّل الأمر، ولكنها ليست كذلك. وأيضاً، لو لم يرد صاحب المتاع الرجوع لأخذه فذمّته غير مشغوله بالبدل، إنما يكون الإشتغال لو أراد الرجوع، وعلى هذا، فمعنى التمسّک بالقاعده هو أن يده على الثمن كانت يد ضمانٍ تعليقى، والقاعده لا تفيد الضّمان التعليقى أصلاً.

وتلخّص: لزوم هذه المعامله.

وقوله:

لكن يمكن أنْ يقال: إن أصاله بقاء السّلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه، مع أنّ ضمان التالف ببدله معلوم، إلّاأنّ الكلام فى أنّ البدل هو البدل الحقيقى، أعنى المثل أو القيمه أو البدل الجعلى، أعنى العين الموجوده، فلاـ أصل. هذا، مضافاً إلى ما قد يقال... فتدبّر.

أقول:

مراده تأييد ما ذهب ما ذهب إليه صاحب المسالک ومن تبعه، ودفع

ص:٣٥٠

المعارضه التى ذكرها: بأن أصاله السّلطنه أصلٌ سببيّ وأصاله البراءه أصل مسبّبى، والأصل السّببىُ حاكم على المسبّبى، لأن مفاد أصاله السّلطنه هو جواز الرّجوع فى المال، وعليه، فلمّا كنّا نعلم بأنّ مال أحد لا يذهب مجّاناً، فلا محاله يكون بعد رجوعه فى المال الموجود، ضامناً لمثل التالف أو قيمته للّطرف المقابل، فثبوت اشتغال ذمّه من تلف عنده المال لا يبقى مجالاً لجريان أصاله البراءه. هذا ما ذكره أوّلاً.

ثم قال: بأنّا نعلم إجمالاً بأنّ صاحب المال ضامن، لأنّ المال الذى أتلفه لم يكن مجّاناً، بل كان إباحةً بعوض، فهو ضامن إمّا للعين الموجوده وعليه دفعها للطرف ولا رجوع له فيها أو لمثل التالف أو قيمته. ومع هذا العلم الإجمالى لا يجرى أصاله البراءه عن الضّمان، فتكون أصاله السّلطنه جاريةً بلا معارض.

أقول: لقد كان الأولى أنْ يقول: عندنا علم إجمالى بثبوت الضّمان، فالأصلان - أصاله عدم اشتغال ذمّته، بتسليم العين الموجوده، وأصاله عدم اشتغالها بالمثل أو القيمه - يتعارضان ويتساقطان.

ثم قال: إنّ صاحب العين التالفه له سلطنه على ماله الموجود بيد الطّرف، ومقتضى عموم «النّاس مسلّطون» أن يكون له إرجاعه، والطرف المقابل المالك للثمن يرجع على من تلف عنده، بمقتضى عموم السّلطنه، فيطالبه بالبدل بعد تلفه.

هذا تمام كلام الشيخ فى المقام.

وفيما ذكره نظرٌ من جهات:

الأُولى: الذى فى المسالك أنه يقوّى اللّزوم بصراحةٍ، وأمّا عدمه، فقد احتمله احتمالاً وهذا نصّ عبارته حيث قال: لو تلف احداهما خاصّةً، فقد

صرّح جماعه بالاكتفاء به فى تحقق ملك الاخرى، نظراً إلى ما قدّمناه من جعل الباقى عوضاً عن التالف، لتراضيهما على ذلك، ويحتمل هنا العدم، التفاتاً إلى بقاء الملك وعموم: الناس مسلّطون على أموالهم. والأوّل أقوى، فإنّ من بيده المال فقد ظفر بمثل حقّه بإذن مستحقّه فيملكه، وإنْ كان مغايراً له فى الجنس والوصف، لتراضيهما على ذلك (1).

والثانيه: لقد كان الأولى أنْ يتمسّكوا بقاعده اليد فيقولوا: لا تجرى البراءه ولا معارض لقاعده السّلطنه، لأنه من تعليق الحكم بموضوعه، لكنّ الأحكام - وضعيّةً كانت أو تكليفيّةً - معلّقه على ثبوت الموضوع، ومعنى: لو رجع ضمن، أنه لو رجع انحلّ العقد، أى: إنه إن كان المال موجوداً أخذه وإنْ لم يكن موجوداً أخذ بدله، نظير رجوع ذى الخيار فى زمنه على من تلف المال بيده بأخذ البدل، مع أن يده عند التلف لم تكن يد ضمانٍ. وبعباره اخرى: فإنّ معنى: على اليد ما أخذت... أنه إن كانت العين موجوده وجب عليه أداؤها، وإلّا وجب عليه أداء البدل عنها.

فيرد على الشيخ:

أوّلاً: اليد يد ضمان، لأن الإباحه كانت معوّضه، فقوله: «ليست يد ضمان» غير تام.

وثانياً: قوله: إنه لو رجع ضمن بالبدل، معناه: إنه إنْ رجع يكون الطرف ضامناً، ومعنى الرجوع هو الفسخ، فيأخذ العين إن كانت وإلّا فبدلها، وكان الأولى أنْ يقال: أصاله السلطنه معتضده بقاعده اليد.

وعلى ما ذكرنا فى تصحيح كلام الجماعه، فلا حاجه إلى الوجوه التى

1- 1) مسالك الأفهام 1 / 165 - 166 ط الحجريّه.

أقامها الشيخ رحمه اللّه لتأييد ما ذهبوا إليه.

الثالثه: والوجوه هی:

۱ - إنّ أصاله بقاء السّلطنه حاكمه على أصاله عدم الضمان بالمثل أو القيمه. وتقريبه: إن الشكّ فی اشتغال ذمّته وعدمه، مسبَّب عن أنْ يكون له حقّ الرجوع أوْ لا يكون، وقاعده السّلطنه تفيد أن له الرّجوع، وإذا جرى الأصل فی ناحيه السبب لم يبق شك فی اشتغال الذمّه.

وفيه: عدم جريان الحكومه هنا، لأنها مشروطه بأنْ تكون السببيّه شرعيّةً وهی هنا عقليّه، بل الأصل هنا فی الحقيقه مثبت، لأنّ أصاله السّلطنه تثبت حقّ الرّجوع، وإذْ لا يكون مال الآخر مجّاناً، فلازم السّلطنه براءه الذمّه.

بل لو أردنا إحراز قانون الشك السببیّ والمسبّبی مع النظر إلى اللّوازم، جاز أن يكون المورد بالعكس، بأنْ يكون الشكّ فی الرجوع وعدمه مسبّباً عن الشكّ فی اشتغال الذمّه بالبدل وعدمه، ويكون الحاكم استصحاب عدم الضّمان.

۲ - إنّ ضمان التالف ببدله معلوم، إلّاأنّ الكلام فی أن البدل هو... .

فإمّا يريد: أنا لمّا نعلم بالإجمال بالضّمان، فلا أصل يعيّن ضمان البدل الجعلی وهو المسمّى، أو البدل الحقيقی وهو المثل أو القيمه، حتّى يجری أصاله عدم ضمان الآخر، فلا تجری البراءه عن المثل أو القيمه. أو يريد: انا لمّا نعلم إجمالاً بالضّمان، فإن أصاله عدم ضمان المسمّى تتعارض مع أصاله عدم ضمان البدل الحقيقی، وإذا تساقطا، فلا أصل يكون معارضاً لأصاله السلطنه.

وفی كلا الوجهين إشكال، وإنْ كان ظاهر بيان السيّد وروده على أحدهما فقط، لعدم جريان أصاله السّلطنه على كلّ تقدير، لأنّ معنى جعل

الشارع البدل - وهو المسمّى أی العين الموجوده - كونها بدلاً عن الملك التالف بيد الآخر، لأنه قبل التلف صار ملكاً لمن تلف عنـده آناًمّا، فتكون العين الموجوده ملكاً للطرف بحكم الشارع، وحينئـذٍ، فقول الشيـخ بالمعارضه - بين أصاله عدم جعل الشارع العين الموجوده بدلاً، وأصاله عدم اشتغال الذمه بالمثل والقيمه، وأنهما يتساقطان وتبقى أصاله السّلطنه بلا معارض - فيه:

إنّـا قـد ذكرنـا سابقاً أن الأصل بقاء الملكيّه، والسّـلطنه من آثارها وأحكامها - وقـد احتملنا أن يكون هـذا مراد الشّـيخ من أصاله السّـلطنه - ومقتضـى ذلـك هو عـدم كون هـذا الموجود بـدلاً مجعولاً من الشارع، لكنّ هـذا الاستصـحاب معارضٌ بأصاله عـدم اشتغال الذمّه بالمثل والقيمه، فيتساقطان، ولا يبقى موضوع لأصاله السّلطنه.

وإنْ اريـد من البدل الجعلی ما جعله المتعاطيان بدلاً، دار الأمر بين أن يكون الموجود بدلاً عن التالف أو يكون من تلف ما عنده مشـغول الـذمّه بالمثـل أو القيمه، وحينئـذٍ نقول: إنّ بـدليّه هـذا الموجود حاصـله من المتعاملين، والشارع قـد أمضـى ذلـك، ومع الشك نستصـحب بـدليّه العين الموجوده، ونستصـحب أيضاً الحاله السّابقه لجعل المثل والقيمه بدلاً، وهی عدم البدليّه، فالأصـل كون العين الموجوده بدلاً، والأصل عدم اشتغال الذمّه بالقيمه والمثل، فالأصلان يجريان ولا منافاه بينهما.

ولو تعبّدنا بكون العين الموجوده هی البدل، فلا معنى للسّلطنه، لأنها لا تجری فی الملك المضمون به.

وتلخّص: إنه إن كـان المراد جعـل الشـارع، فلاـ موضوع لأصـاله السّـلطنه، وإنْ كـان المراد جعـل المتعاطيين، فلا مجرى لأصاله السّلطنه.

ص:۳۵۴

فهذا الوجه لعدم اللّزوم ساقط كذلك.

۳ - إن عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» يدلّ على السّلطنه على المال الموجود بأخذه، وعلى المال التالف بأخذ بدله الحقيقى وهو المثل أو القيمه. فتدبّر.

أى: ومعه، لا مجال لجريان أصاله البراءه عن البدل، لأن القاعده دليل اجتهادى حاكم عليها، ولا معارض للقاعده، فلا لزوم.

وفيه: إن الموضوع فى الحديث هو «أموالهم» وهذه الإضافه مالكيّه، وكلّ متلبّس بالإضافه فهو ظاهر فى الفعليّه، ففقه الحديث هو كون الناس مسلَّطين على أموالهم التى هى أموالهم بالفعل، فيكون ظرف السّلطنه هو ظرف الملكيّه، فلا يعقل أن يقال: بأنّ الإنسان مسلّط الآن على ما كان مالاً له سابقاً وهو تالف الآن، لأنّ الإضافه تنعدم بانعدام طرفها، والتالف ليس الآن مصداقاً ل«أموالهم»، وأمّا كونه مسلّطاً الآن على بدل التالف، فهذا معناه أنْ يكون الحكم محقِّقاً لموضوعه، وهذا باطل.

إذنْ، لا وجه للتمسّک بعموم قاعده السّلطنه لوجوب البدل، ولعلّه الوجه فى الأمر بالتدبّر.

والمختار: إن التلف مطلقاً مفيد للّزوم، سواء على القول بالملک أو الإباحه، - إلّاعلى قول صاحب الجواهر من قصدهما الإباحه من أوّل الأمر - لأن القدر المتيقَّن من دليل الجواز - وهو الإجماع - وجود العوضين.

قوله:

ولو كان أحد العوضين ديناً فى ذمّه أحد المتعاطيين... .

أقول:

هذا الكلام مبنيٌّ على عدم لزوم صدور الفعل من الطّرفين فى المعاطاه،

وهذا هو الصّحيح.

وأيضاً: فإنه إنْ كان من عليه الدين هو المشترى، فذاك يوجب، والمشترى بأخذه يقبل، وما فى الذمّه هو الثمن، وإنْ كان العكس، بأنْ كان البائع هو الدّين، فالمبيع ما فى الذمّه والذى يدفع خارجاً هو الثمن، فالمديون المشترى يعطى الثمن والبائع يأخذه والمبيع غير معطى، فإعطاء المديون الثمن قبول مقدَّم وأخذ ذاك إيجاب، مؤخّر، فقول الشيخ: لو كان أحد العوضين ديناً، يراعى فيه أمران: أحدهما كفايه الفعل من طرفٍ واحد، والآخر كفايه القبول المقدّم والإيجاب المؤخّر.

قوله:

فعلى القول بالملك، يملكه من فى ذمّته فيسقط عنه، والظاهر أنه فى حكم التلف، لأن الساقط لا يعود.

أقول

كون الإنسان مالكاً لِما فى ذمّته غير ممكن، إلّاأنْ يملكه فيسقط، نظير تملّك الإنسان لأحد عموديه آناًمّا وانعتاقه عليه، وهذا يبتنى على أن البيع عباره عن التمليك، بأنْ يكون حقيقه البيع تمليك العوضين، فإنه يملك آناً فيسقط، بمعنى أنه غير معقول حدوثاً وهو اعتبار عقلائى، وأمّا بقاءً، فلا يعقل بل يسقط.

فيرد عليه الإشكال: بأنّه لا يعقل أنْ يكون ثبوت الشيء علّةً لسّقوط نفسه؟

ولكن يمكن أنْ يقال: بأن لا حاجه إلى الإيراد بذلك، لأن البيع على من هو عليه إبراء وإسقاط، إذ السّقوط بحكم التلف فى إيجابه اللّزوم من أوّل الأمر، فلا ملزم للقول بالملكيه آناًمّا ليرد عليه ما تقدّم.

ص:۳۵۶

وقد علّل رحمه اللّه كون هذا السّقوط فى حكم التلف بأن: السّاقط لا يعود، والسرّ فى ذلك هو: إن عود الشىء ملازم لوحدته، ووحدته مباينه لتخلّل العدم، فإذا انعدم الشىء لم يكن العائد هوهو بل هو مثله.

قوله:

ويحتمل العود وهو ضعيف.

أقول:

قال السيّد: بل لا وجه له.

لكنّ الإنصاف أنه يمكن توجيهه بوجهين: بأنْ يقال بأنّ الذمّه عباره عن عهده الإنسان، وأى مانعٍ من أن يعود إلى العهده مرّةً اخرى ما خرج عنها؟ أو لأنّ وجود الحنطه - مثلًا - فى الذمّه اعتبارى، وملكيّتها أيضاً اعتبارى، فما كان وجوده وملكيّته اعتباريّاً لم لا يكون عائداً اعتباراً كذلك؟ والبرهان الذى ذكرناه يختصّ بالامور التكوينيّه.

إذنْ يحتمل العود.

لكنّه ضعيف، لأنّ قوام العهده مملوكيّه الحنطه، فإذا زالت المملوكيّه ارتفعت العهده، فلا تكون العهده أمراً منفصلًا عن مملوكيّه الحنطه، حتى يقال بخروج الحنطه عن العهده ثم عودها إليها، فالوجه الأوّل ضعيف.

والوجه الثانى ضعيف كذلك، لأنه إذا فرضنا قابليّه الشىء للعود، فإنّ صِرف القابليّه لا يكفى دليلًا على إثباته، فإن كان المثبت للعود الاعتبارى هو جواز المعاطاه، فهذا دور، وإنْ كان غير الجواز، فما هو؟ وعلى الجمله، فلا دليل مثبت له، ومجرّد الإمكان لا يكفى دليلًا.

وبعباره اخرى: إنّ العهده ليست بأمرٍ ثابت كان فيه شىء فخرج عنه ثم عاد إليه، بل العهده واعتبار الذمّه بمشغوليّتها بالدين، فإذا سقط الدين

فلا ثبوت للذمّه والعهده، لا حقيقةً ولا اعتباراً.

فإنْ قلت: نعتبر ثبوت الدين بالفعل، فإنه بالفسخ يعود ويعتبر.

قلت: إن مفهوم العود هو أنْ يكون الشىء موجوداً فينتقل من مكانٍ إلى آخر، فاعتبار العود ملازم لاعتبار البقاء، إذْ لا يتحقّق مفهوم العود إلّامع بقاء الشىء، وإلّا كان حدوثاً جديداً، فلابدّ من أن يقال بأن الدين الساقط باق اعتباراً فى ظرف السّقوط ثم يعتبر عوده إلى الذمّه، ولكنّ اعتباره باقياً فى ظرف السقوط غير معقول.

فإن قلت: لِمَ لا يكون كما لو فسخ أو استقال؟

قلت: بعد الفسخ والإقاله تتحقّق ملكيّه جديده، لا أنه تعود الملكيه السّابقه.

فإن قلت: لِمَ لا يكون ما نحن فيه كذلك؟

قلت: لا مانع، لكنْ لا دليل.

فإن قلت: الدليل جواز المعاطاه.

قلت: إثبات إمكان العود بجواز المعاطاه يستلزم الدور، لأنّ الجواز متوقف على هذا الإمكان، فإن ثبت الإمكان من ناحيه الجواز فهذا دور.

فإن قلت: لم لا يجرى الاستصحاب؟ إذ المعاطاه كانت جائزه ونشكّ بسبب سقوط الدين فى ارتفاع الجواز ولزوم المعاطاه، فيستصحب الجواز، فيأخذ هذا العين الموجوده وذاك المماثل لما فى الذمّه.

قلت: أوّلاً: هذه المعاطاه مشكوك فى جوازها من أوّل الأمر، فلا حاله متيقّنه سابقه. وثانياً: الجواز الذى كان – على تقديره – جواز ردّ الشىء إلى الملك، وما فى الذمّه ليس له وجود خارجى ليعود بعد السقوط.

قوله:

والظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحه. فافهم.

أقول:

يعنى: إن إباحه الدَّين عباره اخرى عن سقوطه، وإذا صدق السّقوط كان بحكم التلف، والمقصود منها هو الإباحه الشرعيّه، فإنْ كان المراد إباحه الانتفاع فقط بالدين، فلا معنى للانتفاع بما فى الذمّه، وإنْ أراد إباحه جميع التصرّفات حتى المتوقفه على الملك من البيع وغيره، فإن المفروض أنها إباحه، فلا مناص من الحكم ببطلان هذه المعاطاه.

أللّهم إلّاأن يقال: إن هذه الإباحه عباره اخرى عن الإسقاط، كما قال المحقق الخراسانى.

لكنّ هذا يحتاج إلى دليل.

وحينئذٍ، نبقى والأدلّه الدالّه على إباحه المعاطاه، فإنها تدلّ على ذلك فى كلّ موردٍ ممكن، وما نحن فيه لا تمكن الإباحه فيه.

فعلى القول بالإباحه لا مناص من البطلان.

لكنّا فى سعهٍ، لأنّا نقول بإفادتها الملك.

نقل العينين أو احداهما؟

قوله:

ولو نقل العينان أو احداهما بعقدٍ لازم، فهو كالتلف على القول بالملك، لامتناع الترادّ. وكذا على القول بالإباحه إذا قلنا بإباحه التصرّفات الناقله.

أقول

النقل إمّا يكون لأحدهما أو كليهما، وعلى كلٍّ إمّا بعقدٍ لازم أو جائز،

وعلى الأوّل، فإن عادت العين بحدوث حق الفسخ - كما لو ظهر الغبن - أو بإقاله أو بإرث أو هبهٍ أو ابتياعٍ جديد أو بتقاصٍّ، وبالجمله، فالمراد العود الملكى، فما هو الحكم؟ وهل يجرى الاستصحاب؟

إنْ حصل النقل بناقل لازم، فعلى القول بالملك - وكذا على الإباحه بناءً على قيام دليلٍ يجوّز له التصرّف الناقل - فهل الحكم هو اللّزوم، أو الجواز، بأنْ يجوز الرجوع وأخذ البدل، أو التفصيل بين ما لو باع - مثلاً - أحدهما فالجواز وما لو باع كلاهما فاللّزوم؟

التحقيق: أنه إنْ كان النقل الحاصل نقلاً ملكياً مطلقاً، فإنه يلتزم على كلا القولين بالملكيه آناًمّا، فيكون مالكاً قبل النقل والعوض الآخر ملك لمن هو بيده، وإلّا يلزم اجتماع العوض والمعوّض فى ملك الواحد، ووجه اللّزوم هو: انتفاء موضوع جواز ترادّ العينين المملوكين، بالخروج عن الملكيه بالنقل اللّازم.

فإن قلت: المراد من الجواز فى المعاطاه أنْ يثبت لكلٍّ منهما الحقُّ فى استرجاع العين، فيكون النقل بمنزله جعل الخيار للأجنبى. وبعباره اخرى:

إنه إذا نقل العين المتعلّق بها حقٌّ للغير فقد باع ملكاً غير طلق، فالجواز مانع عن تحقّق موضوع العقد اللّازم.

قلت: إنّ الجواز - والإباحه - فى المعاطاه حكم وليس بحق، فالمراد منه جواز الترادّ بحكم الشارع، فليست العين متعلّقاً لحقّ الغير حتى لا تكون طلقاً.

قوله:

ولو عادت العين بفسخ، ففى جواز الترادّ على القول بالملك لإمكانه، فيستصحب، وعدمه لأنّ المتيقّن من الترادّ هو المحقّق قبل خروج العين عن ملك

مالكه، وجهان، أجودهما ذلك.

أقول:

أمّا لو عادت العين بابتياعٍ ونحوه، فمن الواضح عدم جواز التّرادّ، لأنّها ملكيّه جديده بسببٍ جديد ولا ربط لها بالمعاطاه، لأنّ العين التى كانت موضوعَ الجواز هى التى تملّكت بالمعاطاه، وأمّا لو عادت بفسخ كخيار الغبن أو الإقاله، فيمكن أنْ يقال: بأنّ الفسخ عباره عن حلّ العقد، فالعوضان يرجعان إلى ما كانا عليه من الملكيّه الاُولى، ويكون الدّاخل فى الملك بعد الخروج كأنْ لم يخرج، ويردّه: أن الفسخ إن كان مملّكاً - كما عليه جمع - فهذا تملّك جديد، نظير ما لو عادت بابتياعٍ ونحوه، وإلّا، فإن هذه الملكيّه ليست الاولى، لأن الملكيّه من الإضافات، وهى تتشخّص بطرفها، فبمجرّد زوال الطرف تزول الإضافه، والذى قام الدَّليل على جواز الترادّ فيه هو الملكيّه الاولى، والمفروض زوالها، فالحكم هو اللّزوم.

قوله:

فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب.

أقول:

قال السيّد: لا شک فی البقاء.

ويمكن تقريبه: بأنّ المعاطاه قد اقتضت جواز ترادّ العينين، ثم حصل المانع وهو النقل اللّازم إلى الغير، فلمّا ارتفع المانع أثّر المقتضى أثره.

فأجاب الشيخ: بأن الموضوع فى الحاله السّابقه المتيقَّنه للجواز، والدليل عليه هو الإجماع، هو وجود العينين على الملكيّه الأوّليه، فلمّا عادت العينان فقد عادتا إلى ملكيّهٍ مغايرهٍ للملكيّه السّابقه، ولا أقلّ من الشک، فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب، والمقتضى غير باقٍ حتى يؤثّر أثره

بعد ارتفاع المانع.

وبعباره اخرى: هل الفسخ سبب للملكيّه الجديده كما يقول المشهور أوْلا بل إنّما يؤثّر فى رجوع العقد إلى حالته السّابقه؟ فعلى القول الأوّل، لا يجرى الاستصحاب، وعلى القول الثانى يجرى إنْ احرز الموضوع، والشيخ يقول بعدم إحرازه، وهذا هو الصحيح.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لأنّ التصرّف الناقل يكشف... .

أقول:

لأنّ المباح له قد حصل له الملكيّه آناًمّا قبل وقوع الناقل الملزم، وإذْ فسخ فقد عاد إلى الملكيّه قبل النقل، ولا دليل على كون هذه الملكيّه جائزةً، فلا مجال لاستصحاب الجواز.

إلّا أنّ هنا شبهه هى: إن هذه الإباحه كانت شرعيّةً مع قصدهما الملكيّه، وهى إباحه معوّضه، فهى من شئون المعاطاه، فيمكن استصحابها بعد الفسخ.

لكنّها تندفع: بأنّ جواز الترادّ قد كان بما هما مباحان، وبعد التملّك آناًمّا خرجا عن الجواز، فالموضوع غير محرز.

قوله:

نعم، لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل، فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأوّل وإنْ كان مباحاً لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعده السّلطنه جواز الترادّ... .

أقول:

ليس المراد: أن الفسخ حلّ العقد من أصله فالملكيّه من أوّل الأمر غير

حاصله. وإنْ قيل بذلک، لأن الفسخ حلّه من حينه، فالملکيه حاصله. هذا أوّلاً.

وثانياً: على فرض کونه من أصله، فليس بمعنى أنّه لم يکن له ملکاً حقيقةً من أوّل الأمر، وإنّما هو تعبّد، بمثابه أنه لم يکن بملک من الأوّل، فالملک حاصل حقيقةً، والتعبّد من بعد بعدمه لا أثر له بالنسبه إلى ما تقدّم.

وثالثاً: لو سلّمنا عدم الملکيه من أوّل الأمر، کان لازمه أنْ نقول بأن الملکيه کانت مشروطةً بعدم مجئ الفسخ بعد ذلک، والشرط المتأخّر بلا وجه.

ورابعاً: لو کان معنى العباره ذلک فقوله «بارتفاعه» غير صحيح، لأنه عدم لا ارتفاع. وأيضاً: قوله «عاد الملک» لا معنى له، لکونه حينئذٍ باقياً فى ملک المالک الأوّل.

فالمعنى المذکور مردود بما ذکرناه، وغير منسجم مع عباراته.

بل يمکن أنْ يکون المراد: إن المباح له کان يجوز له البيع، فيکون إنشاؤه للبيع سبباً لأنْ يملک هو العين، ففى آن الإيجاب يکون مالکاً للعين، والمشترى فى آن القبول يتلقّى الملکيه من المباح له المالک قبل آن القبول، ثم بعد الفسخ يرتفع السبب - وهو البيع - ويرتفع المسبّبان أى ملکيته هو وملکيه المشترى، ويتحقّق جواز التراد.

وهل أنه مع ملکيته لما بيده بإيجابه البيع عليه، يبقى مالکاً لما أباحه للطرف الآخر، وإنما يضمن له المثل أو القيمه للعين التى تملّکها من جهه أن بيعها بمنزله التلف، أو أنه بمجرّد إيجابه للبيع والتملّک يصير ذاک ملکاً للطرف الآخر؟ وجهان.

قوله:

وکذا لو قلنا بأنّ البيع لا يتوقّف على سبق الملک، بل يکفى فيه إباحه التصرّف

والإتلاف ويملك الثمن بالبيع، كما تقدّم استظهاره عن جماعةٍ فى الأمر الرابع.

أقول:

قد تقدّم هناك أنّ الذى يستظهر من جماعه - منهم قطب الدين والشهيد - فى باب بيع الغاصب: أن تسليط المشترى للبائع الغاصب على الثمن والإذن فى إتلافه، يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً وأنه يملك الثمن بدفعه إليه، فليس للمالك إجازه هذا الشراء - قال الشيخ: - ويظهر أيضاً من محكيّ المختلف... .

وفيما نحن فيه: المباح له يجوز له أنْ يبيع مال الغير من دون وكالهٍ أو إذن ويتملّك الثمن، فلو فسخ العقد رجع الثمن إلى المشترى والمبيع إلى المالك الأوّل وجاز الترادّ.

وحاصله: ثبوت جواز الترادّ فى هذين الوجهين.

قوله:

لكنّ الوجهين ضعيفان، بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع.

أقول:

وهو كما قال، أمّا ضعف الوجه الأوّل، فلأنه بالفسخ يرتفع ملكيه المشترى، ولا وجه لارتفاع ملكيه المباح له البائع. وأمّا ضعف الوجه الثانى، فلأنّ الشيخ يرى اعتبار دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثمن.

قوله:

ولو كان الناقل عقداً جائزاً، لم يكن لمالك العين الباقيه إلزام الناقل بالرجوع فيه ولا رجوعه بنفسه إلى عينه، فالترادّ غير متحقّق وتحصيله غير واجب.

أقول:

إنه لو كان لأحدهما الخيار بالذّات، كخيار الحيوان - وثبوته لكليهما

لاـ للمشترى فقط غير بعيد - أو بالشرط، فإنه يسقط جواز الترادّ، لخروج الشىء بالبيع عن ملكه، لأن جواز الترادّ هو استرجاع المملوک بالتعاطى، فإذا باع ارتفع موضوع الجواز، وحينئذٍ، لم یکن لمالک العین الباقیه إلزام الناقل بالرجوع فيها ولا رجوعه بنفسه إلى عينه.

بل مقتضى الدقّه أنه إذا أرجع البائع الملک إلى نفسه بالفسخ، فإنه لا يرجع جواز الترادّ، لأن هذه الملكيّه الحاصله بالفسخ غير الملكيّه السّابقه التى حصلت بالمعاطاه.

قوله:

وكذا على القول بالإباحه، لكون المعارضه كاشفةً عن سبق الملک.

أقول:

إن العقد التمليكى الجائز الذى يوقعه، إنما هو بعد تملّكه قبل العقد، فالمباح له قد تملّک فباع، فلو رجع بالفسخ فلا دليل على جواز الترادّ حينئذٍ، بل إنَّ جواز الترادّ ساقط بسقوط موضوعه.

قوله:

نعم، لو كان غير معاوضه كالهبه، وقلنا بأنّ التصرّف فى مثله لا يكشف عن سبق الملک... اتّجه الحكم بجواز الترادّ مع بقاء العين الاخرى أو عودها... .

أقول:

لو كان العقد الجائز لا بعقد معاوضه كالهبه، فقد خرج الشىء عن ملک المالک، لكنّ الشيخ يرى جواز الترادّ بأن هذه الهبه إنّما وقعت فى مال الغير - ولم يتملّک العين قبل الهبه - وللمالک حقّ الرجوع فى الهبه، فإذا رجع عن الهبه لكون الشىء ملكاً له، تحقّق موضوع الترادّ فى الرجوع عن المعاطاه.

هكذا نوضّح كلام الشيخ، بأنْ يكون الرجوع فى الهبه مقدّمةً للرجوع

فی المعاطاه، لا أنّ بالرجوع عن الهبه یتحقق التراد.

هذا، وقد تقدّم أنّ الترادّ ردّ کلٍّ منهما واسترداده فی الملکیّه، فلابدّ من المملوکیّه والترادّ من الطرفین، وهذا معقد الإجماع، فیتوجّه علیه:

إن المالک لیس له حق الرجوع، لأنّ مقتضی الأدلّه أن الحق للواهب، فهل الواهب الذی له الحق مقیَّد بکونه مالکاً؟ فهنا لیس لأحدهما الرجوع، وإنْ کان مطلق الواهب، فالمباح له هو الذی یرجع لا المالک، فما ذکره الشیخ غیر تام.

أللّهم إلّاأنْ یقال: المستفاد من الأدلّه ثبوت حقّ الرجوع فی الهبه للواهب المالک، ثم یدّعی أن العلّه التامّه لهذا الحق هو حیث المالکیّه لا حیث الواهبیّه، وإذا کان کذلک فللمالک الرجوع وإن لم یکن هو الواهب.

ولا یخفی أنه تکلّف وتعسّف.

هذا أوّلاً.

وثانیاً: قوله أنّ برجوع المالکِ یتحقّق موضوع الترادّ.

فیه: إنه لمّا یرجع المالک عن الهبه التی وقعت من المباح له، فإنّ العین ترجع إلی المالک علی ما ذکره رحمه اللّه، ولکن ما الدلیل علی عود الإباحه التعبدیّه الشرعیّه التی اعتبرها الشارع فی المعاطاه؟ إنّ جواز الترادّ قد جعله الشارع فی النقل والانتقال المعاطاتی، والحاصل بعد الهبه رجوعٌ إلی الملکیّه.

وثالثاً: إذا وهب المباح له، کانت هبته صحیحهً مؤثّرهً فی الملکیّه، وبذلک تخرج العین عن ملک المبیح، ولکنْ هل خرجت بالمجانّ أو بالعوض؟ إنّه لم یکن خروجه مجّاناً، بل الواقع فی مورد المعاطاه هو الإباحه الشرعیّه مع قصدهما الملک، فلو خرجت العین من ید المباح له بهبهٍ إلی

الشّخص الثالث، فقد خرجت من ملك المبيح، ودخل فى ملكه عوضاً عنها ما كان بيده ملكاً للمباح له الواهب، لكون الواهب ضامناً بهبته مال المبيح بالمسمّى وإلّا فبالمثل أو القيمه، وإذا أخذ المالك العوض لم يكن له استرداد العين الموهوبه إلى ملكه، وإلّا يلزم الجمع بين العوض والمعوّض، فجواز الرجوع محال.

وتلخّص: أنه إن كان العقد الناقل جائزاً غير معاوضى، فالمعاطاه لازمه كالصّوره السّابقه.

لو باع الفضول العين؟

قوله:

ولو باع العين ثالث فضولاً، فأجاز المالك الأوّل على القول بالملك، لم يبعد كون إجازته رجوعاً، كبيعه وسائر تصرّفاته الناقله.

أقول:

إنه بناءً على القول بالملك، لا إشكال فى نفوذ إجازه المالك الثانى. أمّا إجازه الأوّل، فقال الشيخ: لم يبعد كونه رجوعاً كبيعه. أى: إنه لو رجع عن المعاطاه فأجاز فلا إشكال، لأنها إجازه فى ملكه.

إنما الكلام فيما لو أجاز من دون رجوع سابق، فقد يقال: إجازته لغو، إذ كان له حق الرجوع فى المعاطاه، والإجازه لبيع الفضول إنما هى من المالك، وهذا ليس بمالك الآن، نعم، له الرجوع فيما ملّكه، لكنّ الرّجوع شىء والإجازه شىء آخر.

قلت: إن كان الإشكال من هذه الناحيه، أمكن الجواب: بأن المفروض كون هذا الشخص الذى له الرجوع ملتفتاً إلى أنه ليس بمالكٍ حتى يجيز، فإذا

أجاز مع ذلک، دلّت إجازته بالدلاله الالتزامیّه علی الرّجوع قبلها ووقوعها فی ملکه.

بل الإشکال هو: أنه فی بیع الفضول یعتبر الإجازه من المالک، وهذا الشخص بإجازته یرید الرّجوع فیما ملّکه، فإجازته محققّه للرجوع وتملّکه، فإن کانت الإجازه فی نفس الوقت منفّذه لبیع الفضول، لزم أنْ تؤثر الإجازه أثرین متناقضین، هما کونه رجوعاً وتملّکاً، وکونه خروجاً للمال عن ملکه. وبعباره اخری: یلزم أن یکون الرجوع مفیداً لملکیّه نفسه ولملکیّه المشتری من الفضول، وهذا غیر ممکن، لأن الشیء الواحد لا یمکن أن یکون مملوکاً فی وقتٍ واحد لمالکین اثنین.

لکنّ الشیخ جعل رجوعه کبیعه، والإنصاف هو الفرق، لأنه لو کان هو البائع، فإنْ کان بیعه بالإیجاب والقبول اللّفظیین، کان الإیجاب منه محقّقاً لرجوعه وبقبول المشتری یتحقّق البیع والملکیه له، فهما ملکیّتان فی وقت واحد، أمّا فی البیع بالمعاطاه، فیتوقّف علی الاسترجاع من الطرف والإعطاء للمشتری، بأنْ یکون الاسترجاع رجوعاً والإعطاء بیعاً، لکنَّ الإجازه أمر واحد ولیس بمرکّب مثل البیع.

ویمکن الجواب: بأنّ أساس البحوث فی المعاطاه هو الإنشاء، وهو یتحقّق باللّفظ أو الفعل، فإذن، لا أثر لتملیک الغیر وإنشاء ملکیّته للشیء فی عالم الذهن، وعلیه، فمن یجیز المعامله بقصد الرجوع ولا یرید العبث واللّغو، یکون دخول الشیء فی ملکه مسبَّباً عن إرادته، وأمّا تملیکه الغیر فمسبّب عن إجازته، فهنا علّتان ومعلولان، وقد تحقّقا فی وقتین، فکان القصد أوّلاً ثمّ کان التملیک والإخراج عن الملک.

فإن قلت: الإراده الباطنیّه لا أثر لها، بل لابدّ من الکاشف، وهو

الإنشاء لا غير.

قلت: إنه لابدّ من الكاشف كما أشرنا من قبل، لكنْ لا ـ حاجه فى الإجازه والرجوع ونحوهما إلى خصوص الإنشاء، بل يكفى الكاشف كيفما كان.

وتلخّص: أن الإجازه كاشفه عن الإراده، وهى سبب الدخول فى الملك، والإجازه سبب النقل إلى الغير، فلم يجتمع فى آنٍ واحدٍ ضدّان أو نقيضان.

فإن قلت: إنّ الإجازه متوقفه على مالكيّه المجيز، وهى متوقّفه على رجوعه، فلو كانت الإجازه رجوعاً، لزم الدّور.

قلت: لا دور، لتعدّد الحيثيّه، لأنّ كون الإجازه رجوعاً يتوقّف على حيثيّه صدورها، لكنّ المتوقف على الرجوع هو تأثيرها، فذاك التوقف من حيث الوجود وهذا من حيث التأثير.

ويبقى الإشكال: بأنّ إراده الرجوع تؤثر فى عود الملك إلى المالك الأوّل، لوجود الكاشف، فمؤثريّه الإراده مشروطه بمجئ الإجازه الكاشفه، فيكون الأثر فى حين تحقّق الشرط، فلا فعليّه للرّجوع إلّافى زمان الإجازه، وزمانها هو زمان تأثير عقد الفضول، فيعود المحذور.

والجواب عنه – وهو دقيق – هو: إنه لا ـ مانع من تأثير الشىء الواحد أثرين بنحو المعيّه فى مقام التأثير، وفيما نحن فيه، إنّما يرد الإشكال لو كانت الملكيّتان متحققتين معاً فى الوجود، لكنّ الإجازه تؤثّر أوّلاً فى ملكيّه المالك، وهى مقدّمه بالتقدّم الطبعى على ملكيّه المشترى، لوضوح أنّ ملكيه المالك شرط لملكيّته، فهى متأخّره عنها طبعاً.

قوله:

ولو أجاز المالك الثانى، نفذ بغير إشكال.

ص:۳۶۹

أقول:

نعم، لا إشكال فيه، وهو واضح.

قوله:

وينعكس الحكم إشكالاً ووضوحاً على القول بالإباحه.

أقول:

أمّا إجازه المبيح، فلا ريب فى تأثيرها، لأنّه المالک، والمفروض بقاء العين فى ملكه وكونه مباحاً عند الطرف. وأمّا إجازه المباح له، ففيها الإشكال، لكونه مباحاً له التصرّف، ولم يتصرّف التصرّف الناقل، ولا تؤثّر الإجازه منه لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أنْ يقال: إن واقع التصرّف من المجيز لا ـ من المتصرّف، لأنّ قوام البيع بالإجازه، وبعبارهٍ اخرى: كما كان له إنشاء حقيقه البيع بلفظه، كذلک له إيجاد حقيقه البيع بالإجازه لبيع الفضول، فلا فرق بين الإجازه والإنشاء.

قوله:

ولكلٍّ منهما ردّه قبل إجازه الآخر.

أقول:

أما بناءً على القول بالملک، فلو ردّ المالک الثانى، فلا إشكال فى تأثيره، لأنّه قد ردّ بيعاً واقعاً فى ملكه، وأمّا الأوّل، فلا يؤثّر ردّه، لعدم كونه مالكاً.

نعم، يمكن أن يقال: إنه لما يردّ، فهو ملتفت إلى أنّ الردّ إنما يؤثر مع حقّ الإجازه، والإجازه إنما تؤثّر مع المالكيّه، وحينئذٍ، فلمّا يردّ، فلابدّ من أنّه بردّه قَصَد الرجوع عن المعاطاه وإعاده الملک إلى نفسه، ويكون ردّه مؤثّراً، فإنْ تمّ هذا فهو، وإلّا فلا وجه لتصحيح تأثير ردّه.

ص: ٣٧٠

وأمّـا بناءً على الإباحه، فردّ المبيـح لا إشـكال فيه كما هو واضـح، وأمّا ردّ المباح له، ففيه الإشـكال المتقـدّم، إلّاأن يقال: كما أنّ المباح له أنْ يتصـرّف بالتصـرّف البيعى، كـذلك له أنْ يمنع الغير عن البيع ورفعه، لأن رفع البيع نحو من أنحاء التصـرّف، فإنْ تمّ هذا فهو وإلّا فلا أثر لردّه.

قوله:

ولو رجع الأـوّل فأجـاز الثـانى، فإنْ جعلنا الإجازه كاشـفهً لغا الرّجوع، ويحتمل عـدمه لأنّه رجوع قبل تصـرّف الآخر فينفـذ وتلغو الإجازه، وإنْ جعلناها ناقلهً لغت الإجازه قطعاً.

أقول:

للكشف أربعه أنحاء:

فتـاره: حقيقى محض، حيث أن الفضـول لمّـا بـاع فقـد أثّر بيعه حين وقوعه، وليس للإجـازه اللّـاحقه إلّاالكاشـفيّه عن مؤثّريه بيع الفضول، وحينئـذٍ، فلاـ فائـده فى الردّ والرجوع، لأـنه إنّمـا يؤثّر فى حـال بقـاء الملـک على ملكه، والمفروض تأثير البيع وخروج الملـک عن ملـک المالـک ودخـوله فى ملـک المشـترى، بـل يكـون الرجـوع رجوعـاً فى ملـک الغير، لأـن موضـوعه هو ملک المتعاطيين، فالردّ لغو والإجازه تؤثّر فى الكاشفيّه، فما أفاده الشيخ متين جدّاً.

واُخرى: أن تكون الإجـازه المتأخّره فى مؤثّره فى صـحّه عقـد الفضول، بأنْ تكون الإجازه المتأخّره شـرطاً للصـحّه، سواء قلنا بأن المتأخّر بما هو متأخّر شرط، أو قلنا بأنّ الشرط هو التعقّب، على ما سيأتى فى محلّه إن شاء اللّه.

وثالثه: الكشف الحكمى، بمعنى أنْ لا أثر للعقد فى حينه، غير أن الشّارع

قد تعبّدنا بترتيب آثار الملكيّه من حين العقد بعد الإجازه.

ورابعه: هو الكشف الإنقلابى، فإنه من حين الإجازه يعتبر الملكيّه من أوّل الأمر.

أمّا على القول بكون الكشف بنحو الشرط المتأخّر أو الكشف الحكمى أو الإنقلابى، فإنّ اللّازم القول بلغويّه إجازه الثانى وأنّ الرجوع مؤثّر، فإنه فى الشرط المتأخّر ما لم يتحقّق الشرط لا يحكم بتأثيره، فإذا رجع المالك الأوّل لم يبق مجالٌ لرجوع الثانى لعدم كونه مالكاً. وإنْ قلنا بأنه حكمى أو انقلابى فبالأولويّه، لأنّه ما لم يجز فلا أثر للعقد، فإذا جازت حكم الشارع أو انقلب، والمفروض أن المتعاطى قد رجع، وعليه، فالمجيز غير مالك ولا أثر لإجازه غيره.

هذا كلّه بناءً على الملك.

وأمّا بناءً على الإباحه - وإنْ قصدا التمليك - فباع ثالث فضولةً المال المباح، فإنْ رجع المبيح فى المعاطاه وأجاز المباح له، أثّر الرجوع ولا أثر للإجازه، لأنه بالرجوع قد خرج المال من تحت سلطنه المباح له، وهذا بناءً على الكشف الحقيقى واضح، وأمّا بناءً على النقل، فالإجازه لاغيه. وكذا بناءً على الكشف بنحو الشرط المتأخّر أو الكشف الحكمى أو الإنقلابى.

لو امتزجت العينان أو احداهما

قوله:

ولو امتزجت العينان أو احداهما، سقط الرجوع على القول بالملك، لامتناع التراد، ويحتمل الشركه وهو ضعيف. أمّا على القول بالإباحه، فالأصل بقاء التسلّط على ماله الممتزج... .

ص:٣٧٢

أقول: لابدّ من تقديم امورٍ:

الأوّل: المقصود من الامتزاج هنا أن تكون الصّور النّوعيّه للأجزاء محفوظه ولا يختلط بعضها ببعض بسبب الامتزاج، وأنْ لا يكون الامتزاج سبباً لاستهلاک الأجزاء بحسب الحمل الشائع المتعارف.

والثانی: الامتزاج يقع تارهً: بين العينيين، واخرى: بين ما أخذه وسائر أمواله، وثالثه: بين المأخوذ وملک شخصٍ ثالث، ورابعه: بينه وبين سائر أموال المعطى.

وسيظهر عدم امكان المساعده مع الشيخ فی أكثر الصور.

والثالث: إذا وقع الامتزاج بين العينيين، فهما شريكان على القول بالملک والقول بالإباحه، وعلى تقدير أن يمتزج ما كان فی يد أحدهما مع مالٍ لثالث، فصاحب المال الممتزج شريک معه على القولين. وأمّا لو امتزج ما بيد الآخذ مع سائر أمواله، فلا شركه بناءً على الملک كما هو واضح، وبناءً على الإباحه، فالشركه حاصله. نعم، لو رجع المعطى، فهل تحصل الشركه أوْلا؟ فذاک بحث آخر. وعلى العكس فالعكس، فإنّه لو امتزج ما فی يد الآخذ مع سائر أموال المعطى فلا شركه بناءً على الإباحه، وبناءً على الملک فالشركه.

والرابع: قد اختلفت الأنظار فی حقيقه الشركه، هل هی الملكيّه الواحده لمالكين مثلاً فالملكيّه الواحده قائمه باثنين، لكون الملكيّه من الامور الاعتباريّه، فتقبل القيام بأكثر من واحد، وأمّا على القول بكونها من مقوله الجده أو الإضافه كما توهّم، فلا يعقل قيامها بموضوعين.

وهذا قول المشهور.

أو أنها ملكيّتان والمملوک واحد، فلكلٍّ منهما ملكيّه ناقصه بالنسبه إلى

المملوک الواحد، فإنْ حصل الإفراز، فلکلٍّ الملکیه التامّه. وهذا قول آخر.

والمشـهور على أنّ حقیقه الشـرکه هی: أن الشـیء الواحد فی حدّ نفسه قابلٌ للانقسام بحسب الکسور، فالملکیّه واحده والمالک متعدّد وکذا المملوک وهو الکسور، فکأن للملکیّه سنخین، استقلالیّه وإشاعیّه.

والخـامس: الشـرکه الإشـاعیّه تـارهً: هی کـذلک من أوّل الأـمر، کمـا لو ورث جمـاعه المـال الواحـد، واخرى: تحصـل الشـرکه بالامتزاج. وعلى الثانی:

فوجهـان، إذ یحتمـل أن تبقى الأـجزاء الواقعیّه على ملـک صاحبهـا إلّاأنّ الامتیاز بینها فی الخارج غیر ممکن، أو أنها - کما علیه المشهور - تخرج عن الملکیّه الاستقلالیّه وتصیر کلّها إشاعیّه؟

والسادس: إن مورد الکلام المتعاطیان اللّـذان قصدا الملک، وقد قلنا بأنّ مقتضـى العمومات کونه بیعاً ولازماً، وأنّ القول بالإباحه والملک الجائز خلاف ما تدلّ علیه العمومات والإطلاقات.

وعلیه، فعنـدنا أصـلان أحـدهما أصـاله الملـک والآخر أصاله اللّزوم، وهما المرجع فی کلّ ما کان خارجاً عن القـدر المتیقَّن من دلیل الإباحه أو الجواز.

وبعد:

لقد کان لکلٍّ من المتعاطیین ملک انفرادی اسـتقلالی متعیّن فی الخارج، والقدر المتیقّن من جواز الترادّ أن یرجع العینان على ما کانا علیه من الأوصاف والملکیّه، ولکنْ قد تغیّر الوصف بالامتزاج، وتبدّلت الملکیّه من الاسـتقلالیّه إلى الاشتراکیّه، فإذن: یمتنع الترادّ... .

وأمّا على القول بالإباحه، فقد قال الشیخ ببقاء أصاله السّلطنه، وظاهره ثبوت الشرکه فی جمیع الصّور الأربعه.

ولکنّ التحقیق: ثبوت الإباحه - على القول بها - فیما لو بقیت العینان

على ما هما عليه، ومع الامتزاج لا بقاء كذلك، فالمرجع الأصلان المذكوران، إلّا فى صوره امتزاج المأخوذ بمال المعطى، فيمكن الموافقه مع الشيخ فيها فقط.

لو وقع التصرّف المغيّر فى العين؟

قوله:

ولو تصرّف فى العين تصرّفاً مغيّراً للصّوره، كطحن الحنطه وفصل الثوب، فلا لزوم على القول بالإباحه، وعلى القول بالملک، ففى اللّزوم وجهان... .

أقول:

إنّ الشىء غير تالف، والصّوره النوعيّه محفوظه، والمال موجود عنده، غير أنّ هيئه الشىء قد تغيّرت، فعلى القول بالإباحه يجوز الرجوع، وعلى القول بالملک، ففى اللّزوم وجهان... .

يعنى: إنّ جواز الترادّ كان ثابتاً قبل التصرّف المغيّر، فيقع الشک على أثر التغيّر فى بقائه، فهل يجرى الإستصحاب أوْلا؟ وقد ذكر الشيخ: منشأ الإشكال: أن الموضوع فى الاستصحاب عرفى أو حقيقى.

وقد حكى الشهيد الثانى عن بعض الأصحاب - فيما لو صبغ الثوب أو فصّل - القول باللّزوم، لامتناع الترادّ بسبب الأثر المتجدّد.

فأقول: لو ملک الإنسان شيئاً بسببٍ من الأسباب، ثمّ تصرّف فيه تصرّفاً يوجب إزدياد قيمته، فلو كان للمالک الأول خيارٌ وأخذ به، أو كان هبةً فرجع، فإنه يكون شريكاً فى الماليّه، كما عليه جماعه كالمحقّق، وقيل باحتمال الشركه فى العين.

أمّا بناءً على أنّ المعاطاه تفيد الملكيه الجائزه، فإن التغيير إنْ سبّب ازدياد

القيمه، حصلت الشركه فى الماليّه، ولا ترادّ حينئذٍ، سواء كانت الشركه فى الماليّه أو العين، وإنْ سبّب النقص فى القيمه كان مضموناً، لأن المعاطاه كانت بنحو التضمين فى التصرّفات ضماناً بالمسمّى.

وأمّا بناءً على الإباحه، ففى إزدياد القيمه، الشركه، وفى نقصانها، الإباحه بالضمان كذلك.

وعلى كلّ تقدير، فالعوضان غير باقيين على ما هما عليه، وقد تقدّم أنّ مقتضى العمومات والإطلاقات أنّ هذا بيع عرفى، غير أنّ الإجماع قد قام على الجواز أو الإباحه، إلّاأنه دليل منفصل مجمل، والقدر المتيقَّن منه صوره بقاء العوضين بعينهما، والمفروض عدمه، وعليه، فلا إباحه أو ملك جائز، ويدلُّ عليه ما رواه جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السّلام:

«فى الرجل يشترى الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً. فقال عليه السّلام: إنْ كان الشىء قائماً بعينه ردّه على صاحبه وأخذ الثمن، وإنْ كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العين» (۱).

فما ذهب إليه بعض الأصحاب - كما حكى الشهيد الثانى - هو المختار.

فسواء كان الموضوع حقيقيّاً أو عرفيّاً، لا يجرى الاستصحاب بالنظر إلى العمومات. وبعباره اخرى: لا تصل النوبه إلى الأصل مع وجود الدليل.

هل يورّث جواز الرجوع؟

قوله:

ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع فى مسأله المعاطاه نظير

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸ / ۳۰، الباب ۱۶ من أبواب الخيار، الرقم: ۳.

الفسخ فى العقود اللّازمه حتى يورّث بالموت ويسقط بالإسقاط... .

أقول:

لم يصرّح بذلك من قبل، ولعلّه يريد قوله فى مسأله اللّزوم بالتلف من أنّ جواز الرجوع من عوارض العوضين لا من عوارض العقد.

إنّ خيار الفسخ من الحقوق وله آثار، منها الانتقال بالإرث وقبوله للإسقاط، لكنّ جواز التراد حكم شرعى، فلا يقبل الإسقاط مطلقاً.

ولو قيل: بأن الرجوع فى المعاطاه فسخ للعقد أيضاً، ولذا جاء فى بعض العبارات فى مسأله المعاطاه كلمه: يجوز الفسخ، فِلمَ لا يكون الرجوع حقّاً كذلك؟

قلنا: فرقٌ بين حلّ العقد وفسخه بالخيار، وجواز ترادّ العوضين، فذاك يكون بالمطابقه، وهذا بالملازمه من جهه ارتفاع الموضوع به، فكلّما كان الفسخ فيه بالمطابقه فهو حق، وكلّما كان بالالتزام فهو حكم.

ولو شككنا فى أن جواز الرجوع حكم أو حق، رجع الشك إلى حدوث آثار الحق، والأصل العدم.

فالحاصل: إن جواز الرجوع لا يورّث بالموت ولا يسقط بالإسقاط مطلقاً، لأنه حكم، ولا يشمله النبوىّ: «ما كان للميّت من ملك أو حق فهو لوارثه» (۱) ومع الشك، يستصحب عدم الانتقال وعدم السّقوط بالإسقاط.

وبالجمله، فإنه لو لم يكن حكماً، فإنّ آثار الحق لا تترتّب عليه.

قوله:

بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبه، وعلى القول بالإباحه نظير

۱- ۱) رواه السيّد اليزدى عن النبى صلّى اللّه عليه وآله مرسلاً بلفظ «ما ترك الميّت من مالٍ...» حاشيه المكاسب ۱ / ۴۰۳.

الرجوع فی الطعام، بحیث یناط الحکم فیه بالرضا الباطنی... .

أقول:

أمّا علی القول بالملک، فکذلک. أمّا علی القول بالإباحه، ففیما ذکر نظر:

أمّا أوّلاً: فلأن لازمه رجوع کلّ مالٍ مأخوذ بالمعاطاه إلی صاحبه بموت الآخذ، لأنّ المفروض کونه إباحةً له، وقد مات، ولیس هناک إباحه لورثته، فالتنظیر بإباحه الطعام فی غیر محلّه، وهو خلاف السّیره القطعیّه.

وأمّا ثانیاً: فإن مفهوم الإناطه بالرضا الباطنی عدم الإباحه مع الکراهه الباطنیّه، وهذا عجیب جدّاً، لأن هذه إباحه قام الإجماع ونحوه علی شرعیّتها أو أنها إباحه من المتعاطیین فی ضمن التملیک منهما، فأمضاها الشّارع دون التملیک، فهی - علی کلّ حالٍ - إباحه تعبدیّه شرعیّه، ولا وجه لإناطتها بالرضا الباطنی، ولو شک، فإنها تستصحب.

فما ذکره سهو من قلمه قطعاً.

قوله:

فلو مات أحد المالکین لم یجز لوارثه الرجوع... .

أقول:

لأن جواز الرجوع حکم، والحکم لا یورّث، ولو شک فالأصل عدمه، کما لا جواز للرجوع فی الطّرف المقابل، بأنْ یرجع علی الوارث، لأنه کان یجوز له الرجوع علی الآخذ بالمعاطاه لا علی الوارث المالک بالإرث، ولو شک، فالأصل العدم کذلک.

لکنّ مفهوم کلامه هو جواز رجوع الوارث، علی القول بالإباحه.

وفیه: إنّها کانت إباحه معاوضیّه، وقد تقدَّم أن کلّاً من العینین مضمون بما یقابله، فلو أراد الرجوع اعتبر بقاؤهما علی ما هما علیه، والحال أنه

ص:۳۷۸

ليس كذلك.

ولا مجال للتمسّك بقاعده السّلطنه هنا، لِما تقدَّم من لزوم المعاطاه قبل الموت بالملكيّه آناًمّا.

فالحق: عدم جواز رجوع الوارث، على كلا القولين.

لو جُنّ أحد المتعاطيين؟

قوله:

ولو جنّ أحدهما... .

أقول:

وهذا أيضاً عجيب.

أمّا على القول بالملك، فإن الوليّ له حقّ التصرّف فى أموال المولّى عليه، وقد تقدَّم أنّ جواز الرجوع ليس من الأموال بل هو حكم شرعى.

وأمّا على القول بالإباحه، فيمكن تقريبه: بأنّ المال الذى بيد المجنون للطّرف المقابل، فللولى الرجوع – من باب الغبطه – فيأخذ المال من الطّرف ويسلّمه ملكه الذى بيد المجنون.

فقوله «على القولين» لا يمكن المساعده عليه.

ص:۳۷۹

التّنبيهُ السّابع

اشاره

قال الشيخ:

إن الشهيد الثانی ذکر فی المسالک وجهین فی صیروره المعاطاه بیعاً بعد التلف أو معاوضه مستقلّه... .

أقول:

هل تجری الخیارات فی المعاطاه؟

اشاره

موضوع هذا التنبیه جریان الخیارات فی المعاطاه وعدمه.

ولا- یخفی: أن الخیار هو حلّ العقد، ونتیجته: رجوع کلٍّ من المالین إلی ملک صاحبه، وهذا المعنی موجود فی المعاطاه قبل مجئ شیء من الملزمات، فهو تحصیل للحاصل.

ولا- یتوهّم، جواز اجتماع سببین من أسباب الخیار فی المورد الواحد، بأنْ یجوز الترادّ والخیار معاً، وذلک: لوضوح الفرق بین البابین، فهناک النتیجه غیر حاصله، بخلاف ما نحن فیه، فإن جواز الترادّ موجود.

وما ذکره الشهید الثانی مبنیٌّ علی ما علیه المشهور من إفاده المعاطاه للإباحه، فللفقهاء فیها مسالک ثلاثه: أنها تفید الملک الجائز، وأنها تفید الإباحه وتلزم بالتلف ونحوه، وأنها بیع والملکیه - منوطه بالتلف ونحوه، کما فی الصّرف والسلم، وهذا ما احتمله الشهید الثانی واختاره المحقق الخراسانی، وربما یظهر من بعض کلمات الشیخ.

ویقابل هذه الأقوال: القول بأنها معاوضه مستقلّه.

هذا، وقد قال الشّهيد بالتفصيل:

أمّا خيار العيب والغبن، فأثبتهما، لأن أصاله السّلامه فى العوضين تقتضى عدم العيب، وأصاله التساوى بينهما تقتضى عدم الغبن، وهذان الأصلان جاريان فى كلّ عقدٍ من العقود.

وأمّا خيار الحيوان، مع تلف الثمن أو بعضه، فجريانه مشكل - أمّا مع تلف الحيوان، فلا خيار، بل المعامله باطله، لأنّ كل مبيع تلف فى زمن الخيار فهو ممّن لا خيار له - ، إذ يحتمل أنْ تكون معاملةً مستقلَّه أو بيعاً مع الخيار، وعلى الخيار، فهل هو من حين المعاطاه أو التلف؟

قال: اللهم إلّاأنْ يجعل المعاطاه جزء السّبب والتلف تمامه.

أى: فيكون نظير بيع الصّرف، حيث الإنشاء جزء السّبب والقبض فى المجلس تمامه.

وأمّا خيار المجلس فقال بأنه منتف.

ولعلّه من جهه أنه قبل التلف لم يكن بيع، وبعده لا مجلس.

قوله:

وكيف كان، فالأقوى أنّها على القول بالإباحه بيع عرفىّ لم يصحّحه الشارع ولم يمضه إلّا... .

أقول:

إن من يرتّب الأثر على التلف من الفقهاء لا يرتّبه من باب أن المعاطاه بيع، بل هو بلحاظ أنّ الإمضاء الشرعى للبيع المعاطاتى ليس إلّابعد التلف.

ثم إنه ذكر المحكّى عن الشهيد الأوّل من أنها معاوضه مستقلّه جائزه أو لازمه. أى بحسب حالتى المعاطاه، فهى ليست ببيع بل إباحه معوّضيّه، فأورد عليه: بأنه كيف تحصل الملكيّه، بل عليكم أنْ تقولوا بأنّها إباحه حصل لها اللّزوم.

ص:٣٨١

والتحقيق أن يقال:

بناءً على القول بالملک:

فی خیار المجلس بناءً علی الملک

أمّا خيـار المجلس، فلـو وقع التلف فی المجلس، فالخيـار ثـابت، لأنّ التلف وإنْ كـان يقتضـی اللّزوم، لكن وقوعه فی المجلس واقترانه بخياره يقتضی الخيار.

ولا يخفی أنّ هـذا مبنیٌّ علی اختصـاص قاعـده «التلـف فی زمن الخيـار ممّن لا خيـار له ويـوجب بطلان الـبيع» بخيـار الحيوان والشّـرط، إذْ لا دليل علی جريانها فی غيرهما من الخيارات، لعـدم الزمان إلّافيهما، فلو جری فی خيار المجلس أيضاً انحلّ العقد، ولم يبق بيع حتّی يثبت فيه الخيار.

فإنْ قلت: إنّ المعاطاه تلزم بسبب التلف فی المجلس ويرتفع جوازها، لكنّه لزوم يفيد الخيار، فيلزم من وجوده عدمه.

قلت: إنه بالتلف يرتفع جواز الترادّ وهو الجواز الحكمی، ويتحقّق بارتفاعه الجواز الحقّی، ولا مانع من الالتزام بذلک.

ولو وقع التلف بعد المجلس، فقبل التلف فلا خيار، لوجود الترادّ، فهو تحصيل للحاصل، وبعده لا خيار لعدم المجلس.

فی خیار الحیوان بناءً علی الملک

وأمّا خيـار الحيوان، فقـد يكون التـالف هو الثمن، قبـل الثلاثه أيام من حين المعاطاه أو بعـدها، وقـد يكون هو الحيوان، قبلها أو بعدها.

فإن تلف الثمن عند البائع فی الثلاثه أيّام، فما دام لم يتلف فلا خيار، وإذا

تلف لزمت المعامله بالنسبه إلی البائع وللمشتری الخیار، وإنْ تلف بعدها فلا خیار لهما، أمّا البائع، فواضح، وأمّا المشتری، فلمضیّ الثلاثه أیّام.

وإنْ تلف الحیوان، فلا خیار أصلاً، لأنه إن کان بعد الثلاثه فواضح، وإنْ کان فیها، فالعقد باطل، لأن تلف المبیع فی زمن الخیار ممّن لا خیار له، فخیار الحیوان لیس إلّافی تلف الثمن فی الثلاثه أیام، وهو للمشتری فقط.

فی خیار العیب والغبن بناءً علی الملک

وأمّا خیار العیب والغبن، فإنْ کان التلف قبل ظهورهما، فلا خیار أصلاً، وإنْ کان بعد ظهور العیب، فبناءً علی عدم جریان القاعده فی خیار العیب کما هو المتسالم علیه، فلا خیار للردّ وإنّما یثبت الخیار الأرشی، وأمّا خیار الغبن، فهو ثابت.

وأمّا خیار تأخیر الثمن، فلا موضوع له فی المعاطاه، کما لا یخفی.

وأمّا خیار الشّرط، فتارهً هو: خیار تخلّف الشرط، کأنْ یشترط شرطاً فی زمن معیّن فلا یتحقّق، فهنا یثبت الخیار بعد التلف. واخری: یکون قد شرط خیار الفسخ إلی شهر مثلاً، فإنه إذا تلف فی المدّه بطل العقد ولا موضوع للخیار.

وممّا ذکرنا، یظهر الحکم فی سائر الخیارات.

وهذا کلّه بناءً علی القول بالملک.

وأمّا بناءً علی القول بالإباحه الشرعیّه وإنْ قصدا البیع والتملیک، فالتلف قد یکون سبباً لتحقّق البیع، وقد لا یکون وتبقی الإباحه:

فی خیار المجلس بناءً علی الإباحه

فأمّا خیار المجلس، فإن وقع التلف فی المجلس لم یتحقّق البیع شرعاً،

وإذا كـان التلف محقّقاً للبيع ووقع بعـد المجلس، فلا خيار لعـدم المجلس. إلّا أنْ يقال: المعاطاه لم تكن ببيع وقـد وقع التلف فى المجلس، فزمان تحقق التلف هو زمان تحقق البيع، فالخيار ثابت.

فى خيار الحيوان بناءً على الإباحه

وأمّـا خيار الحيوان، فإنْ تلف الحيوان فى الأيام الثلاثه وكان موجباً لتحقّق البيع، فهو يتحقّق فى آن التلف، وحينئـذٍ ينحلّ العقـد، لأن التلف فى زمن الخيار، فيلزم من كونه بيعاً عدم كونه بيعاً، فلا يعقل ثبوت خيار الحيوان فى هذه الصّوره.

وأمّا بناءً على قول المشهور من أنّ المعاطاه تفيد الإباحه وتلزم وتحصل الملكيه بالتلف ونحوه، فلا يثبت شىء من الخيارات، لأن المفروض أن المعاطاه ليست ببيعٍ شرعى، والتلف ونحوه ليس ببيع بل هو سبب كسائر الأسباب من الإرث والحيازه وغيرهما.

وأمّا بناء على قول الشيخ هنا، من أنها على القول بالإباحه بيع عرفيّ...

فنقول:

إنه ما لم يتحقق التصـرّف أو التلف، فلا ملكيّه، وإذا تحقق أمضـى الشارع بيعيّه المعاطاه، فيكون التلف الجزء الأخير للسبب التام، كما قال الشهيد الثانى، ففى آن التلف أو التصرّف يتحقّق البيع ويتمُّ الموضوع لأحكامه، وعلى هذا:

ففى خيار الحيوان لابدَّ من التفصـيل بين المشترى والبائع، وبين أن يكون المتمّم للسـبب هو التلف أو التصرّف. فلو تصرّف البائع فى الثمن أو تلف عنده، ففى ذلك الحين يتحقّق البيع المعاطاتى، وهو مبدء الثلاثه الأيّام، فلو فسخ كان له بدل التالف.

وأمّا إذا وقع التصرف أو التلف فى الحيوان، فلابدّ من التفصيل، لأنه إنْ كان التلف، فلا يعقل تماميّه المعاطاه به، لوقوعه فى زمن الخيـار، فيلزم من إثبـات البيعيّه به عـدم البيعيّه، لأنّ التلف فى زمن الخيار ممّن لا خيار له، فلا يعقل حـدوث الخيار بالتلف، وإن كان الواقع فى الحيوان هو التصـرّف الملزم من المشترى، ففى آن التصـرّف يتحقّق المقتضـى للخيار، ولكنّ خيار الحيوان يسـقط بالتصرّف، للنصّ (۱)، فلا يمكن ثبوت الخيار بالتصرّف، لأنّه كلّما كان رافعاً لشىء فوجوده قبله مانع عن حدوثه.

وفى خيار المجلس، إنْ كانا فى المجلس ولا تصـرّف ولا تلف، فلا بيع حتّى يثبت الخيار، وإن وقع فى المجلس شىء من ذلك، فلا ريب فى ثبوته. ولو انقضـى المجلس ثم اجتمعا فى مكان ووقع التلف أو التصـرّف فى حال اجتماعهما، أشـكل ثبوت الخيار، لعدم انطباق أدلّه خيار المجلس على هذا الاجتماع.

فى خيار الغبن والعيب على الإباحه

وفى خيـار العيب، إنْ كـان التلف أو التصـرّف قبـل ظهوره أو بعـده، فـإنه بمجرّد وقوع أحـدهما يلزم البيع ولا رجوع، لكنْ يثبت الأرش.

وفى خيـار الغبن، إن كـان وقوع التلف أو التصـرّف قبـل ظهوره، فـإنه يثبت الخيـار بظهوره، وإن كان بعـده، فلا خيار على القول بفوريّته، وهو ثابت على القول بعدمها.

وأمـا بقيّه الخيارات، فالقاعـده الكليّه هى: إن كلّ خيار كان التلف أو التصـرّف مسـقطاً له، فلا حـدوث له، وكلّ خيار لا يسـقطه أحد الأمرين فالبيع محقق والخيار ثابت.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸ / ۱۳، باب سقوط خيار المشترى بتصرّفه فى الحيوان.

التّنبيهُ الثامن

اشاره

هـل العقـد اللّفظى الفاقـد لبعض الشـرائط المعتبره - كـالعربيّه والماضويّه وغيرهما - حكمه حكم المعامله المعاطاتيّه، بأنْ يكون مفيداً للملكيّه على القول بالملك والإباحه على القول بها، إلّاأنه غير لازم، بناءً على أنّ المعاطاه غير لازمه، إلّاإذا حصل شيء من الملزمات فيتحقّق الضّمان بالعوض المسمّى؟

هل حكم العقد الفاقد لبعض الشرائط حكم المعاطاه؟

المحكيّ عن المحقـق والشـهيد الثـانيين وغيرهمـا: أن القول الفاقـد لبعض الشـرائط معاطـاه، ولعلّهم يريـدون أنّه بمنزله المعاطـاه وحكمه حكمهـا، وعليه، فكيف يجمع بين هـذا الكلام ومـا اتّفقوا عليه من أنّ المعـامله الفاسـده لا يترتّب عليها شـيء ووجودها كالعدم؟

قال الشيخ:

فإن قلنا بعـدم اشتراط اللّزوم بشـيء زائـد على الإنشاء اللّفظى - كما قوّيناه سابقاً... فلا إشـكال فى صـيروره المعامله بذلك عقداً لازمـاً. وإنْ قلنـا بمقـاله المشـهور من اعتبار امور زائـده على اللّفظ، فهل يرجع ذلك الإنشاء القولى إلى حكم المعاطاه مطلقاً، أو بشرط تحقّق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقاً؟

أقول:

ينبغى تقديم مقدّمه فيها امور:

الأوّل: إنّ اللّزوم والجواز من عوارض العقد، وأمّا الشّرائط المتعلّقه بالعوضين أو المتعاقدين، فلا علاقه لها باللّزوم والجواز، بل لها ربط بعالم

ص:۳۸۶

الصحّه والفساد، ففقدان شرائط اللّزوم أمر، وفقدان شرائط العوضين مثلًا أمر آخر، اللهم إلّاأنْ يقال بكفايه الرّضا المستكشف – ولو ضمناً – فيتعدّى إلى المورد الفاقد لشرائط العوضين مثلاً.

وعلى الجمله، فإن موضوع البحث هنا هو العقد الفاقد لشرائط اللّزوم، ولا دخل للامور الاخرى فى البحث.

والثانى: إنّ المعاوضه عباره عن جعل العوضيّه، وجعل العوضيّه أمرٌ وجعل الرّخصه فى التصرّف أمر آخر، والفرق بينهما واضح.

والثالث: التمليك وغيره من مضامين المعاملات امور إراديّه قصديّه، لكنْ لا الإراده الباطنيه، ولا هى مع إبرازها فى الخارج بأىّ نحو، بل هى إيجاد ما فى الضمير فى الخارج على النحو المعتبر، المعبَّر عنه بالإنشاء، فهو يُوجد مراده النفسانىّ وينشؤه فى الخارج، وعليه، فالمناط هو المراد النفسانى والجاعل له النفس الناطقه الإنسانيّه، لكن مع الجعل خارجاً، فإنْ اعتبرنا اللَّفظ الخاصّ فهو، وإنْ قلنا بكفايه أىّ مبرزٍ كان – كما عليه السيّد رحمه اللّه – كفت المصافقه والكتابه والإشاره والإمضاء.

والرابع: المتعاملان، تارةً: يقصدان التسبّب إلى الاعتبار الشرعى للملكيّه واللّزوم، وهما يعتقدان بأنّ العقد الفاقد الذى أو جداه سبب لما يعتبره الشارع، واُخرى: هما غير ملتفتين إلى السببيّه الشرعيّه وعدمها، أو هما جاهلان بما يراه الشارع سبباً. وأمّا أنْ يوجدا عقداً كذلك وينسبانه إلى الشارع مع العلم بعدم مشروعيّته، فبعيدٌ جدّاً.

والخامس: إن الإنشاء بالقول الفاقد لبعض الشرائط، تارةً: غير متعقّب بوصول العوضين وإيصالهما، فهذا لا أثر له إلّاعلى قول الشهيد والمحقّق الثّانيين من أنّ القول الفاقد لبعض الشرائط وإنْ لم يكن عقداً لازماً إلّاأنه

معاطاه، فيكون لمثله اقتضاء التأثير، ولكلٍّ من الطرفين أنْ يتصـدّى لأنْ يتناول ما تقاولا عليه، وحينئـذٍ يترتّب عليه أحكام المعاطاه من الملزمات وغيرها، فلو نقل أحدهما الشيء قبل أنْ يتناوله بنقلٍ لازمٍ إلى ثالث لزمت المعامله.

واخرى: يتحقّق الوصول مع تراضيهما من دون إيصالٍ منهما.

وثالثه: يتحقّق الوصول بغيرِ رضاً منهما، كأن يكون قهراً عليهما وإجباراً لهما.

ورابعةً: يتعقّب بالإيصال بعنوان الجرى على مقتضى العقد.

وخامسةً: يتحقّق إنشاء التمليك ثم يتعقّبه الإقباض والإيصال بقصد التمليك عملًا، إحتياطاً أو تأكيداً للإنشاء القولى.

وسادسةً: أن ينشـئ العقـد ثم يُقبض الشـيء بداعى الإذن فى التصـرّف حتى لو كان العقد القولى فاسداً، مع علمه بفساد العقد أو جهله بذلك.

فالصّور سته. نعم، تبقى صوره ما إذا تحقّق الإيصال بلا عقدٍ لفظىّ مطلقاً ولا معاطاه من الطرفين، كدخول الحمّام ووضع الفلوس فى كوز الحمّامى، حيث لم يستبعد الشيخ أنْ يكون معاطاه، وسيأتى التحقيق فيها.

أمّا فى صوره عـدم الإيصـال والوصول، فقـد قـال المحقق والشـهيد الثانيان بكونه معاطاةً. قال الأوّل: وإنْ كان غير ما قلناه يكون معاطاه (۱): أى: إنّ نفس العقد الفاقد للشرائط يكون معاطاه مع الرضا بالتصرّف، حتى لو جاء وأخذ ولم يكن إعطاء من الطرفين أصلًا. وفيه:

أوّلًا: إن المعاطاه مفاعله من العطاء، والمفروض عـدم تحقّقه، فلذا عبّرا بالمعاطاه، أللّهم إلّاأن يكون المراد أنه فى حكم المعاطاه، كما ذكرنا.

ص:۳۸۸

۱- ۱) رسائل المحقق الثانى ۱ / ۱۷۸.

وثانياً: الشرائط التى ذكراها هى الشرائط التى يذكرها الفقهاء للعقد المؤثّر شرعاً، فلو لم تكن الشرائط فلا ملكيّه ولا إباحه. أمّا الملكيّه، فلعدم الشرائط، وأمّا الإباحه، فلعدم الشرائط، وأمّا الإباحه، فلعدم التّسليط الخارجى حتى يكون متضمّناً للإباحه المالكيّه، فبأىّ وجهٍ يكون ترتب حكم المعاطاه.

وثالثاً: قوله مع الرّضا بالتصرّف. إن أراد الرّضا الباطنى، فلا دليل على تأثيره، اللّهم إلّامن باب شاهد الحال، لكنّ هذا لا ربط له بالمعاطاه لأنّها معاوضه، بحيث لو تحقّق شىء من الملزمات ثبت الضّمان بالمسمّى، أمّا الرّضا الباطنى المستكشف من شاهد الحال، فلا وجه لأنْ يكون معاطاه.

فالقول المذكور ساقط. اللهم إلّاأن نتأوّله بأنّ العقد الفاقد لبعض الشرائط تشمله العمومات، والمراد من الشرائط هى شرائط اللّزوم، فإذا فقد بعضها أفاد العقد الملكيّه غير اللّازمه، وهذا هو حكم المعاطاه.

لكن مقتضى العمومات المستدلّ بها على المعاطاه هو الملكيّه اللّازمه، سواء تحقّق الإيصال والوصول أو لم يتحقّق.

وأمّا إذا تحقّق العقد اللّفظى الفاقد لبعض الشرائط، ثمّ حصل الإعطاء بداعى التمليك، إمّا تأكيداً للعقد اللّفظى أو احتياطاً أو علم بأنَّ الإنشاء اللّفظى غير مؤثّر، فهذا معاطاه بلا ريب.

وأمّا الإيصال بمقتضى الجرى على المعامله، أو الوصول بلا إيصال من الطّرف بل قهراً عليه، ففى هاتين الصّورتين قالوا: بالفساد، لعدم كونه مؤثّراً فى الملكيّه والإيصال لم يكن برضىً مستقل، فهو لغو، والوصول القهرى فاسدٌ بالأولويّه. قال الشيخ.

وهذان الوجهان ممّا لا اشكال فيه فى حرمه التصرّف فى العوضين.

إلّا أنّ ما ذهبوا إليه إنّما يصحّ فيما إذا كانت الشرائط شرائط للصحّه، وأما

على القول بكونها شرائط اللّزوم، فالصحيح هو القول بحصول الملكيه الجائزه فى الصّوره الاُولى من الصورتين.

وأمّا الصّورتان الباقيتان:

بأنْ ينشىء العقد ثم يعطى العوض عن رضاً لكنْ لا بالرضا العاملى، ومن دون قصد إنشاء تمليك به، ومن دون أن يكون الإعطاء جرياً على العقد، بل يعطى بقطع النظر عن العقد، فهو راضٍ حتى لو نُبّه على فساد العقد.

أو بأنْ ينشئ العقد ثم يصل العوض وهو راض بذلك.

فالمفروض أن العقد فاقد للشرائط ولا ـ أثر له، والإيصال الحاصل لم يكن بقصد الإنشاء ولا جرياً على العقد، فإذن، لا يوجد الإنشاء لا ـ قولاً ـ ولا ـ فعلاً، لكنّ المعامله متقوّمه بالإنشاء كما هو معلوم، ومجرّد الرّضا لا يحقّق المعامله، فمقتضى القاعده عدم تحقّقها.

قوله:

فإدخال هذا فى المعاطاه يتوقف على أمرين: الأوّل: كفايه هذا الرّضا المركوز فى النفس بل الرّضا الشأنى... الثانى: إنه لا يشترط فى المعاطاه إنشاء الإباحه أو التمليك بالقبض... بل يكفى وصول كلٍّ من العوضين إلى المالك الآخر... وفيه إشكال من أنّ ظاهر محلّ النّزاع... ومن أنّ الظّاهر أن عنوان التعاطى... وأن عمده الدليل على ذلك هى السّيره... .

أقول:

قد ذكر الشيخ فى التنبيه الرّابع أنّ مجرّد الإباحه من المالك لا ـ يكفى لجواز التصرّفات المتوقّفه على الملك، فليس للمالك إباحه جميعها، فهل يقصد فيما نحن فيه التصرّفات المتوقّفه على الملك أيضاً؟

إنّه إن لم تكن التصرّفات المذكوره جائزةً، فهذا لا صله له بالمعاطاه،

لأنّ القائلين بإفادتها الإباحه يقولون بجوازها، وقد ذكرنا أن مقتضى التحقيق بناءً على هذا القول، أنْ تكون المعاطاه مفيده للملكيّه بشرط التلف أو التصرّفات، وكلام الشيخ ناظر إلى هذا. وعلى الجمله، فهم يقولون بجواز التصرّفات وأن المعاطاه تلزم بحصولِ واحدٍ منها.

وإنْ كان راضياً بذلك، فقد ذكر الشيخ – فى التنبيه السّابع – أنّ الرّضا لا يكون مشرّعاً، وعليه، فلا أثر للرّضا أصلاً، فكيف يقول هنا فى آخر كلامه:

هل يكفى وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا؟

فالمعيار فى المعاطاه: وصول المالين أو أحدهما مع التراضى بالتصرّف، وهذا ليس ببعيد على القول بالإباحه.

أللهم إلّافى الموارد التى قامت السّيره عليها وتمّ استكشاف رأى المعصوم بتلك السّيره، فالمعاطاه متحقّقه فيها فقط، ولا يجوز التعدّى عنها إلى غيرها، أخذاً بالقدر المتيقّن من السّيره.

والحاصل: أن ما قال «ليس ببعيد» بعيد جدّاً.

وتحرير الكلام فى المقام:

إنّ المعاوضه بين المالين: جعل أحدهما عوضاً عن الآخر فى جهةٍ، وأمّا الإباحه فى مقابل الإباحه، فإنها معاوضه بين الإباحتين لا بين المالين، وهذا إشكال آخر على كلام الشيخ رحمه اللّه، وقد تقدّم أنّ التمليك أمر إراديّ ينشؤه الإنسان ويُوجده فى الخارج، ويسمّى إنشاءً لكونه ناشئاً من النفس، فإذا أنشأ فقد جعل المعاوضه بين المالين فى الملكيّه، وعندنا أنّ هذا بيع عرفيّ والعمومات والإطلاقات شامله له، وأمّا الشرائط، فلا دليل على دخلها فى إفاده الملكيّه – بخلاف شرائط العوضين والمتعاقدين – وعليه، فلا وجه

للقول بفساد العقد الفاقد لبعض الشرائط، بل العقد صحيح، فإنْ كانت دخيلةً فى لزومه، فالعقد الفاقد لبعضها جائز غير لازم وحكمه حكم المعاطاه، وإنْ لم يكن لها دخل فى اللّزوم، فما أنشأه بالقول مع وجدان شرائط العوضين والمتعاقدين بيع لازم.

وعلى ما ذكرنا، فلا حاجه إلى الجمع بين كلمات المحقق والعلّامه، وقول المحقق والشهيد الثانيين.

قوله:

وربما يجمع... فيقال:

أقول:

هذا الجمع من صاحب مفتاح الكرامه، وحاصله: إن من قال: بأنّ مثل هذه الصّيغه حكمها حكم المعاطاه، قال بذلك فيما إذا كان الإقباض من باب الرّضا المطلق، ومن قال: بأنه فاسد ولا يجوز التصرّف فى المأخوذ، قال بذلك فيما إذا أنشأ التمليک فاقداً للشرائط وكان إقباضه جرياً على مقتضى العقد.

وبعباره اخرى: إن كان رضاه منوطاً بالعقد، فلا أثر له، وإنْ لم يكن منوطاً به، كان مؤثّراً وبحكم المعاطاه.

قوله:

المفروض أنّ الصيغه الفاقده لبعض الشرائط لا تتضمّن إلّاإنشاءً واحداً هو التمليک، ومن المعلوم أنّ هذا المقدار لا يوجب بقاء الإذن الحاصل فى ضمن التمليک بعد فرض انتفاء التمليک، والموجود بعده... .

أقول:

هذا إشكال الشيخ على وجه الجمع المذكور.

وببيانٍ أوفى: إنّ المفروض عندهم أنّ الشرائط دخيله فى صحّه العقد، فلا أثر للعقد الفاقد لبعض الشرائط، لكن إنحلال إنشاء التمليك إلى إنشائين أحدهما التمليك والآخر الرضا بالتصرّف، غير معقول، على أن إنشاء الرّضا بتصرف الغير فيما يملكه لغو.

وعلى الجمله، فإن الانشاء أمر بسيط، وليس بمركّب، والإقباض رضا بالتصرّف، فإن كان رضىً بفعل نفسه حيث أوصل مال الغير إلى صاحبه، فهذا باطل، وإنْ كان إقباضه بقصد التمليك، فهو معاطاه خارجيّه صحيحه قد اقترنت بعقد فاسد، ولا يضرّ بها اقترانها به، وإنْ كان إباحه فى مقابل إباحه، فهذا ليس من المعاطاه فى شىء ولا أثر له، كما تقدَّم فى التنبيه الرابع، وإنْ كان رضىً بالتصرّف بشاهد الحال، فيترتّب عليه آثار الإباحه المجانيّه ولا ربط له بالمعاطاه حتى تترتّب عليه آثارها.

وتلخّص: إن العقد فاسد، ولا أثر للإقباض الحاصل بعده أصلاً.

وقال المحقّق الخراسانى: إنّ الصّيغه المفروضه وإنْ لم تتضمّن إلّاإنشاءً واحداً، والمفروض فسادها، للإخلال ببعض ما اعتبر فيها، إلّاأنّ الصحّه والفساد لمّا كان من الامور الإضافيه كما أشرنا إليه فى بعض الحواشى السّابقه، كان فساد الصّيغه المنشأ بها التمليك بما هى عقد البيع، ولا يترتّب عليها شىء ممّا يكون من آثار العقد، من اللّزوم وغيره، لا ينافى كونها معاطاه وداخله فى المسأله التى تكون معركه الآراء وصحيحه بما هو بيع عند بعض وإباحه عند آخر، إلى غير ذلك من الأقوال فيها، والحكم بضمان المقبوض بالعقد الفاسد يمكن أن ينزّل على أنه حكم اقتضائى لا فعلى، بمعنى أن قضيّه فساده بما هو عقد ذلك لو لم يجئ فى البين الحكم بصحّته بوجه آخر، أى بما هو بيع بغير العقد. وهذا أحسن ما يقال توفيقاً بين ما ذكر فى

المقامين. فتفطّن (۱).

وخلاصـته: إن العقد الواقع فاسد من حيث العقديّه، وصـحيح من حيث المعاطاتيه، والضّـمان هو من باب الإقتضاء وعدم الضّمان من حيث المعاطاتيّه.

وما ذكره فى غايه البعد عن كلام القوم، فإنّ حكمهم بالفساد مطلق لا حيثى، وقولهم بالضمان هو بالفعل لا بمجرّد الاقتضاء.

وبعـد، فقـد ذكرنـا سابقـاً أن التمليـك أمر إرادى إلّاأنه يؤثر إذا أنشأه، فـإن قلنا فى تحقق المعاطاه بكفايه إعطاء كلّ منهما ماله للآخر، فإنّ العقد اللّفظى الفاقد للشرائط وإنْ كان فاسداً من حيث التأثير، إلّاأنه يكفى لأن يكون مبرزاً للإراده النفسانيّه للتمليك، فـإذا تحقّق الإنشـاء والإبراز لمـا فى الضـمير والتعـاطى فى الخارج، فقـد تحقّقت المعاطاه، وهـذا مراد المحقق والشـهيد الثانيين، وحينئذٍ يكون الواقع معاطاةً حقيقةً لا بحكم المعاطاه كما تقدّم منّا.

وعلى الجمله، إنه لاـ يعتبر فى المعاطـاه آليّه الفعـل للإنشـاء، بـل المعتبر فيها أنْ تكون واجـدةً للتعاطى والإنشاء، والمركّب منهما محقق للمعاطاه، والمفروض تحقّق الأمرين فى هذه الصّوره، فالمعاطاه محقّقه.

والحاصـل: إنه فاسـدٌ إنْ لم يكن التعـاطى بعـد الإنشاء أو كان الوصول قهريّاً، وهو صـحيح إن كان جامعاً للشـرائط وإنْ لم يكن إيصال. أمّا لو وقع العقد الفاسد لفقد بعض الشرائط ولكنْ تحقّق الإيصال بعده، فقد تحقّقت المعاطاه.

وهكذا يتمّ الجمع بين القولين.

وهذا تمام الكلام فى المعاطاه.

انتهى الجزء الأوّل وسيتلوه الجزء الثانى.

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۲۶.

المجلد ۲

اشاره

ص: ۱

الحمد للّه ربّ العالمين، والصّلاه والسّلام على سيّدنا محمّد وآله الطّاهرين، ولعنه اللّه على أعدائهم أجمعين، من الأوّلين والآخرين.

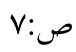
وبعد

فهذا هو الجزء الثانى من (كتاب البيع) من أبحاث السيّد الجدّ الفقيه المحقّق والاصولى البارع آيه اللّه العظمى السيّد محمّد هادى الميلانى طاب ثراه، من «مقدمه فى ألفاظ عقد البيع» إلى آخر الأمر السادس من الامور المترتبه على المأخوذ بالعقد الفاسد.

نقدّمه إلى العلماء الأجلاء والفضلاء الكرام فى الحوزات العلميّه، ونسأل اللّه التوفيق لإتمامه بعونه وكرمه.

قم - الحوزه العلميهعلى الحسينى الميلانى

ص:۶


ص:۷

مقدّمه فی خصوص ألفاظ عقد البیع

اشاره

بعد أنْ فرغ الشیخ من بحث المعاطاه - أی البیع الفعلی - وأحکامها وتنبیهاتها الثمانیه، شرع فی أحکام البیع اللّفظی، وقبل الدخول فی ذلک، ذکر مقدّمهً بیّن فیها اللّفظ المعتبر فی البیع اللّفظی والأحکام المتعلّقه به، فقال رحمه اللّه:

مقدّمه فی خصوص ألفاظ عقد البیع

قد عرفت أن اعتبار اللّفظ فی البیع، بل فی جمیع العقود، ممّا نقل علیه الإجماع، وتحقّق فیه الشهره العظیمه، مع الإشاره إلیه فی بعض النصوص.

أقول:

إن المعامله الفعلیّه - أی المعاطاه بقصد التملیک والتملّک - یصدق علیها عنوان «البیع» علی وجه الحقیقه عند العقلاء، وتعمّه العمومات والإطلاقات فی الکتاب والسنّه، فهی بیع حقیقهً عرفاً وشرعاً. وأمّا قول صاحب الجواهر رحمه اللّه (1) بأنهما یقصدان الإباحه فهی تفید الإباحه لا الملکیه، فقد تقدّم الکلام علیه بالتفصیل.

وعلیه، فما نسب إلی المشهور من أنّ المعاطاه - وإن کانت بیعاً عقلائیّاً -

---

1- 1) جواهر الکلام 22 / 224

ليست ببيع شرعاً، وأنّ اللّفظ معتبر فى تحقق حقيقه البيع وأنها متقوّمه باللّفظ، فلا يمكن المساعده عليه، بل إنّ المعاطاه كما أنها بيع عقلاءً كذلك هى بيع شرعاً ونافذ ومؤثر أثره(۱).

نعم، يمكن دعوى أنّ المعاطاه وإنْ كانت مفيدةً للملك لكنها فعلٌ، والفعل قاصرٌ عن الدلاله على اللّزوم، بخلاف اللّفظ.

وتوضيح ذلك: إنّ البيع باللّفظ وبالمعاطاه يشتركان فى إفاده الملك، غير أنّ الأوّل يدلُّ على إيجاد الملكيه بالمطابقه والثانى بمعونه القرائن، وكذا فى الالتزام بمضمون المعامله، لأنّ ظاهر حال كلّ من يَعِد وعداً أو يتعهّد

بعهـدٍ أو يعامل معاملةً هو الالتزام والبقاء على ما وعد أو تعهّد، سواء كان ذلك باللّفظ أو الفعل، إلّاأنهما يفترقان فى جهةٍ واحده فقط، وهى أنه إذا كان البيع أو الوعد والعهد باللّفظ، كان مقتضى إطلاقه هو الدّوام والاستمرار إلى الأبد، إلّا أن يقيّده بأمدٍ معيّن أو يشترط شـرطاً يسـتتبع الخيار، ولـذا نقول: ليس له أن يفسخ، والمعامله لازمه، فالإطلاق اللّفظى محكّم والظهور الإطلاقى حجةٌ عليه، بخلاـف الفعـل، فـإنّه مجمـلٌ ولاـ إطلاق له، لـذا يقال: أعطى فنـدم فردّ، وهـذا معنى قولنا أنّ الفعل لا لسان له وقاصـرٌ عن الـدلاله، ونتيجه ذلـك: أن الملكيّه الحاصـله بالمعاطـاه جـائزه لاـ لاـزمه، وحينئـذ، لاـ حـاجه للقول بـدلاله المعاطاه على الملكيّه المتزلزله الجائزه، إلى الاستدلال بالشّهره المحقّقه(١).

فى كفايه الإشاره من الأخرس

قال الشيخ:

لكنّ هذا يختصّ بصوره القدره، أمّا مع العجز عنه كالأخرس، فمع عدم

ص:١١

القدره على التوكيل... وكذا مع القدره على التوكيل، لا لأصاله عدم وجوبه... بل لفحوى ما ورد... .

أقول:

لا إشكال ولا خلاف فى كفايه الإشاره من الأخرس، فإنها مفيده للمعنى كما يفيده اللّفظ.

إنما الكلام فى كفايتها مع التمكّن من التوكيل، لكونه قادراً على التلفّظ بالتسبيب.

قال الشيخ بكفايه الإشاره منه مطلقاً، مستدلّاً بفحوى الصحيحه الدالّه على ذلك فى الطلاق (۱)، فكما تكون إشارته مؤثّره فى الإيقاعات كذلك فى العقود، وحمل النصّ على مورد عدم التمكّن من التوكيل، حملٌ للمطلق على الفرد النادر.

وأمّا الاستدلال لعدم اشتراط العجز عن التوكيل بالأصل، أى أصاله عدم الوجوب، فقد أجاب عنه الشيخ: بأنّ الأصل هو الوجوب، للشكّ فى تأثير الإشاره مع التمكن من التوكيل. وبعباره اخرى: نشكّ فى أن إشارته علّه تامه للأثر أو أنها بقيد العجز عن التوكيل مؤثّره، والقدر المتيقّن هو الثانى، ومؤثّريتها مع التمكّن منه مشكوك فيه، والأصل عدم التأثير.

بحثٌ مع المحقّق الإيروانى

فقال المحقق الإيروانى:

«لا مانع من هذه الأصاله بناءً على جريان البراءه فى الأحكام الوضعيّه»

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۲ / ۴۷، الباب ۱۹ من أبواب مقدمات الطلاق، الرّقم: ۱

كما يظهر من استدلال الإمام بحديث الرفع على فساد طلاق المكره وعتاقه، فينفى بأصاله عدم الوجوب وجوب كلّ خصوصيه شك فيها، بمعنى عدم دخلها فى تأثير السبب وعدم كونها من أجزاء السبب، ولا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقّق النقل والانتقال، لأنّ هذا فى مرتبه السبب وذاك فى مرتبه المسبب، والاستصحاب إنما يقدّم على أصاله البراءه حيث يكونان فى مرتبه واحده» (١).

وفيه:

إن الشرطيّه غير قابله للوضع حتى تكون قابله للرفع، وكلّما لا يقبل الوضع لا يقبل الرفع، فالشرطيّه هذه وهى فى مقام السّبب نظير الشرطيّه فى مقام المسبّب، فكما أن الثانيه من الامور الانتزاعيه التكوينيّه المحضه، ولا تقبل الجعل لا بالأصاله ولا بالتبع - كما قرّرنا فى الاصول، خلافاً للمحقّق الخراسانى حيث قال بأن الشرطيه فى المأمور به مجعوله بالتبع (٢) - كذلك فى الأولى، فالشرطيه فى مقام السبب - وكذا المانعيّه - لا تقبل الوضع والجعل مطلقاً. وعليه، فإنّ شرطيّه العجز عن التوكيل لمّا لم تكن قابله للجعل فهى غير قابله للرفع. فالقول بعدم الوجوب - استناداً إلى العمومات والإطلاقات وأصاله عدم التقييد والتخصيص - متين جدّاً.

وبعباره أخرى: فإنّ العمومات كقوله تعالى «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» (٣) ونحوه صادقه على بيع الأخرس بالإشاره، ولو وقع الشكّ فى تأثيرها حتى مع

ص:١٣

١- ١) حاشيه المكاسب: ٨٩

٢- ٢) كفايه الاصول: ٤٠٤

٣- ٣) سوره البقره: ٢٧٥

التمکن من التوکیل، کان مقتضی النصوص المشار إلیها هو التأثیر، والأصل عدم تقییدها بصوره العجز عنه.

فإن کان المراد من الأصل فی قوله: «الأصل عدم الوجوب» هو الأصل اللّفظی کما ذکرنا، فهو، وإن کان المراد أصاله البراءه عن الشرطیه لحدیث الرّفع (۱)، فهو غیر صحیح، لأنّ الشرطیه من الامور الانتزاعیه التکوینیّه غیر القابله للجعل، فلا تقبل الرفع.

قال الشیخ: الشهره العظیمه قائمه علی اعتبار اللّفظ فی حقیقه البیع.

وقد تقدّم الإشکال فیه، لأن أهل العرف یرون المعاطاه بقصد التملیک بیعاً بالحمل الشائع، وأمّا شرعاً، فلا دلیل علی اعتبار اللّفظ، بل مقتضی الإطلاقات والعمومات - کتاباً وسنّهً - عدم اعتباره فی حقیقه البیع، فما هو بیعٌ عند العقلاء بیع عند الشارع.

نعم، یمکن اعتباره فی مرحله اللّزوم، وأن الفاقد للّفظ لا یکون لازماً علی ما تقدّم، وذلک، لأنه لا معنی للّزوم الذاتی لعقدٍ من العقود ولا یصح القول به أبداً إلّامجازاً، وإنما یأتی اللّزوم فی مقام الجعل من ناحیه حجیّه الظهور الفعلی أو المقامی أو الإطلاقی، أو من ناحیه التعبد الشّرعی، بأن تفید الأدلّه أنْ لیس للمتعاملین الرجوع والإقاله. وقولهم: ما لا یقبل الإقاله لا یفسخ، إنما هو حکم من ناحیه الشرع لا المتعاقدین... وبالجمله، فإنّه لیس هناک عقد لازم ذاتاً أصلاً، بل هو بالعرض، إمّا من ناحیه الظهور أو من ناحیه الشرع.

ص:۱۴

۱- ۱) کتاب الخصال للشیخ الصّدوق: ۴۱۷، باب التسعه، الرّقم: ۹، کتاب التوحید: ۳۵۳ باب الاستطاعه، الرّقم: ۲۴

وعلی هذا، فالمعاطاه تفید الملکیه إلّاأنها غیر لازمه.

ثم إنّ الشیخ قد استدلّ لبیع الأخرس بالإشاره، بفحوی ما دلَّ علی صحّه طلاقه بها، وهی نصوص (۱):

عن أبی بصیر، عن أبی عبداللّه علیه السلام قال: «طلاق الأخرس أنْ یأخذ مقنعتها ویضعها علی رأسها ثم یعتزلها».

وعن السکونی قال: «طلاق الأخرس أنْ یأخذ مقنعتها ویضعها علی رأسها ویعتزلها».

وجه الاستدلال: أنه إذا کانت الإشاره تقوم مقام اللّفظ فی الإیقاعات، ففی العقود بالأولویّه.

وقد ذکرنا أن ذلک مقتضی العمومات والإطلاقات والتمسّک بأصاله عدم التقیید والتخصیص(۱).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۲ / ۴۷، الباب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه

ثم ذكر الشيخ مقتضى الأصل... .

وتعرّضـنا لإشـكال بعض الأكابر القائل بأن الأصل عدم الوجوب بمقتضـى صـحيحه البزنطى قال: «سألته فى الرجل يسـتكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك، أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام:

لا. قال رسول اللّه: وضع عن امّتى ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا» (۱) فقد أجرى الإمام عليه السلام البراءه الشرعيّه فى الأمر الوضعى وهو الطلاق، وعليه، فهى جاريه فى الشرطيّه أيضاً، والأصل هو عدم الوجوب.

فأجبنـا عن الإشـكال بـأن الشـرطيّه لاـ تقبل الوضع فلا تقبل الرفع، وأمّا جريان حـديث الرفع فى موردٍ يشك فيه فى جعل الشارع حكماً، فذاك أمر آخر، لأن الحكم أمر اعتبارى يقبل الجعل من الشارع، ومتى شكّ فيه جرت البراءه عنه.

والوجه فى عدم جريان البراءه فى الشرطيّه ونحوها من الامور الانتزاعيه هو: إن الموجودات... .

إمـا خـارجيّه بالأصـاله، وهى الجواهر والأـعراض، أو بـالتّبع، وهى لوازم الوجود، كما يقال فى الموجودات فى عالم التشـريع بأنّ وجوب ذى المقدمه مجعول بالأصاله ووجوب المقدمه مجعول بالتبع.

وإمّا ذهنيّه، كالجنسيّه والفصليّه وغير ذلك.

وإمّا انتزاعيّه، وهى موجوده فى عالم الإعتبار، أمّا فى الخارج، فبوجود منشأ الانتزاع، كالابوّه والبنوّه والفوقيه والتحتيّه.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۳ / ۲۲۶ - ۲۲۷، باب جواز الحلف باليمين الكاذبه للتقيه، الرّقم: ۱۲

وإمّا وضعيّه توجد فى عالم النفس بجعلٍ منها، كالملكيّه والزوجيّه والشرطيّه وغيرها، وهى التى ذهب الشيخ إلى كونها منتزعةً، فوقع فى التكلّف فى بيان المنشأ لبعضها، ونحن موافقون له فى بعض الموارد، وهى التى يرى العرف كونها وضعيّه لكنها بالدقّه العقليه انتزاعيّه، دون سائر الموارد... .

والكلام فى الأحكام الوضعيّه طويلٌ وتفصيله فى محلّه، وملخّص المختار فيها: أنها امور اعتباريه لها وجود ادّعائى كما فى الاستعارات الأدبيّه، حيث يدّعى للشىء الحقيقى وجود اعتبارى، كالبياض الذى له وجود حقيقى يدّعى له الوجود الاعتبارى فى القلب فيوصف بالبياض، وكالأسد الذى له وجود حقيقى، يوجد بوجودٍ اعتبارى فيقال زيد أسد... وهكذا، فالحكم الوضعى هو الحكم الذى يعتبره من بيده الأمر فى كلّ موردٍ يصحّ فيه الاعتبار عقلاءً، أمّا فى الخارج فلا يوجد شىء.

وبعد، فقد عدّوا السببيّه والشرطيّه والمانعيّه من الأحكام الوضعيّه، والحق أنه يستحيل أن تكون كذلك، فإنها ليست اموراً جعليّه من النفس بل هى انتزاعيّه، فتقول: العقد سبب للملكيّه، فينتزع له السببيّه، دلوك الشمس شرطٌ لوجوب الصّلاه، فينتزع له الشرطيّه، الغرر مانع عن الملكيه فينتزع له المانعيّه، وهكذا... حيث أنّ المنشأ فى الرتبه السّابقه على الحكم الوضعى كما فى الأمثله المذكوره، أمّا لو تقدّم الحكم، بأن اعتبر الملكيّه وجعلها عند تحقق الإيجاب والقبول، أو عند عدم الغرر أو عند التقابض فى المجلس، فما معنى جعل السببيّه للعقد؟ لقد ذكرنا ضروره وجود المصحّح للاعتبار ومع عدمه فهو لغو، وحال جعل السببيّه للعقد بعد اعتبار الملكيّه وللدلوك بعد

الحكم بوجوب الصلاه، من هذا القبيل، لأن الملكيّه والوجوب فعل الشّارع، ولا تأثير للعقد أو الدلوك فى ذلك لولا الإراده والإعتبار النفسانى من الشارع، فما شاع على الألسنه من أن الأحكام الوضعيه امور إمضائيه، لا أصل له، بل إنّ الملكيّه – مثلًا – من الامور الاعتباريّه، وكلّ أمر اعتبارى فهو قائم بنفس المعتبر، فللشارع فى موردها اعتبارٌ على طبق اعتبار العقلاء.

وبالجمله، الملكيّه – مثلًا – معلوله للنفس وهى المخترعه لها، وليست معلوله للفظ «بعتُ»، وإنما هذا اللفظ سببٌ عقلائى لاعتبار الملكيّه.

وبعباره اخرى: إنّ الحكم سواء التكليفى أو الوضعى، أمرٌ فى حيّز إراده الجاعل المعتبر واختياره، فهو أمر اختيارى له، وللحكم موضوع والموضوعيه لا تقبل الجعل، أمّا بعد ترتب الحكم على الموضوع، فلعدم المصحّح للاعتبار، بل هو لغو، وأمّا قبل ترتّبه عليه، فلأن أثر اعتبار الموضوعيه للموضوع هو ترتّب الحكم عليه قهراً، لكنّ الحكم أمرٌ اختيارى للحاكم ولا ترتّب قهرى له على الموضوع، فاعتبار الموضوعيّه قبل ترتب الحكم لغو كذلك.

الحاصل: إنه لا معنى لاعتبار الموضوعيّه لما ليس بموضوع، واعتبارها لما كان موضوعاً فى نفس الأمر تحصيلٌ للحاصل، واعتبارها لشىء حتّى يترتّب عليه الحكم، يتوقف على كون الترتب قهرياً، وقد عرفت أنه ليس كذلك، لأنّ أمر الحكم بيد الحاكم وترتبه على الموضوع تابعٌ لإرادته.

إذا تبيّن هذا، فكلّ ما هو سبب للحكم أو شرط له أو مانع عنه – بمعنى التقيّد بعدمه – يكون فى مرحله الموضوع، ولمّا كان اعتبار الموضوعيّه لشىء لغواً، فلا معنى لمجعوليه السببيّه والمانعيّه والشرطيّه، وبذلك تحصّل

أنّها من الامور الانتزاعيّه لا الاعتباريّه، فليست أحكاماً وضعيّه.

هذا بالنسبه إلى سبب الحكم أو شرطه أو المانع عنه.

وأمّا ما كان سبباً للمأمور به أو شرطاً أو مانعاً، فكذلك، لأن الأمر متعلّق بالمركّب، فكان الركوع الذى هو بعض المركب بعض المأمور به، وينتزع من ذلك الجزئيّه له، ولو تقيّد المأمور به بقيدٍ انتزع من ذلك شرطيّته له، ولو تقيّد بعدم شىء، انتزع منه مانعيّته عنه.

وبعباره أخرى: لو فرضنا أن المانعيّه للشىء حكم مجعول اعتبارى، فهل المأمور به مقيّد بعدمه أوْ لا؟ إن كان مقيّداً بعدمه فجعل المانعيّه له لغو، وإنْ لم يكن مقيّداً، بذلك فالإتيان بالمأمور به محقّق للامتثال، ولا أثر لجعل المانعيّه كذلك... .

وكذلك الشرطيّه والجزئيّه... .

فالقول بأنّ الشرطيّه والسببيّه والجزئيّه والمانعيّه أحكام وضعيّه، باطلٌ.

وكذلك القول بكونها مجعوله بالتبع.

والحاصل: إنها عناوين انتزاعيّه مطلقاً... وإذا كانت انتزاعيّه، فهى ليست قابلةً للجعل والاعتبار والوضع، وما ليس كذلك فليس قابلًا للرفع.

ولا بأس ببيان حقيقه الحال فى الملكيّه والزوجيّه استطراداً، فنقول:

إنّ الملكيّه والزوجيّه، إمّا من المقولات أو من الامور الاعتباريّه أو من الانتزاعيّه المحضه.

أمّا كونهما من المقولات فمستحيل، لأن المقوله ما يقال على الشىء فى الخارج، إمّا بحمل المشتق على موصوفه وهو فى الكلّ، وإما أن يكون له مطابق فى الخارج وهو فيما عدا الإضافه، ومن الواضح أن كلّ عرضٍ فهو

قائم بمعروضه، ولكنّ الملكيّه موجوده فى الخارج بلا معروض فى السّلم والنسيئه.

وأمّا كونهما من الامور الانتزاعيّه، فما هو منشأ الانتزاع؟ إن كان هو جواز التصرّف - وهو الحكم التكليفى - فقد تكون الملكيّه ولا جواز للتصرّف، كملكيّه الصغير والمجنون، وإنْ كان هو العقد، فإنّ المشتق من الملكيّه لا يحمل على العقد.

فتعيّن كونهما أمرين اعتباريين ممّن بيده الاعتبار، مع وجود المصحّح للاعتبار عنده.

هذا هو التحقيق فى هذه الامور، خلافاً للشيخ الأعظم والمحقق الخراسانى فيما ذهبا إليه فى ذلك(١).

ص:٢٠

والآن نعود إلى كلام الشيخ:

إنه إذا وقع البيع بالمعاطاه مع التمكن من اللّفظ، فهل يفيد الملك أو الإباحه؟ قولان، كما تقدم سابقاً بالتفصيل.

وأمّا إذا وقع مع العجز عنه كبيع الأخرس بالإشاره، فإنه يفيد الملك، وقد استدلّ له بفحوى صحّه طلاقه بالإشاره، وتشمله العمومات، وتعمّه

ص:٢٢

أدلّه اللّزوم.

ثم وقع الكلام فی صوره التمكّن من التوكيل أو التمكّن من الكتابه...

وسيأتی.

وقد تحصّل مما ذكرنا أن اللّفظ معتبر فی لزوم البيع، وأنّ الشهره العظيمه قائمه على عدم اللّزوم بدون اللّفظ لا على عدم تحقق الملكيّه(١).

ثم قال الشيخ: إن إشاره الأخرس تقوم مقام اللّفظ، وهذا هو الصحيح، لأنّ المعامله مطلقاً أمر يخترعه النفس فيحتاج إلى دالٍّ ولا خصوصيّه للّفظ، والإشاره المفهمه من الأخرس تدلّ على ما فی ضميره، ويصدق عليها بالحمل الشائع عنوان البيع وتعمّه العمومات، حتى مع إمكان التوكيل أو الكتابه، فهی تدفع احتمال دخل عدم التمكن منهما. مضافاً إلى ما ورد فی طلاق الأخرس بتنقيح المناط.

قال الشيخ:

فإنّ حمله على صوره عجزه عن التوكيل، حمل للمطلق على الفرد النادر... .

وما ذكره هو الصحيح.

وقد اشتملت الروايات على العمل الخارجی - وهو اللّف والجذب للقناع - ويدلّ ذلك على كفايه العمل الخارجی، وهو ما ذكرنا من لزوم الدالّ، فلا خصوصيّهٍ للإشاره المفهمه كذلك.

ص:٢٣

قال الشیخ:

ثم لو قلنا: إن الأصل فی المعاطاه اللزوم بعد القول بإفادتها الملکیّه، فالقدر المخرج صوره قدره المتبایعین علی مباشره اللّفظ.

إن کـان یریـد من المعاطـاه کـلّ ملکیّه تقع بالفعـل فی مقابـل اللّفـظ، بـأنْ تکون الإشاره معاطاه مفیـده للملکیّه اللّازمه. ففیه: إن المعاطاه التی کانت محطّ البحث السّابق، هی ما إذا کان المعطی قاصـداً للتملیک بالإعطاء الخارجی، وهنا یکون التملیک بالدالّ علیه.

وإنْ کـان یریـد منهـا المعاطاه المصـطلحه، بأنْ یعطی الأخرس عملاً وبلا إشاره مفهمه. ففیه: إن الفعل الخارجی قاصـر عن إفاده اللّزوم عنـد المجمعین، وعلی هذا، فلا فرق بین أنْ یکون قادراً علی التکلّم أو عاجزاً عنه، وقد أجاد شـیخنا الاسـتاذ فی الإشـکال علی هذا الکلام حیث قال:

«الأخرس کغیره، له عهـد مؤکّـد وعهـد غیر مؤکّد، فالتعاطی منه فی الخارج فقط کالتعاطی من غیره عهد غیر مؤکّد، فله حکمه، والإشاره المفهمه الرافعه للاشـتباه منه عهـده المؤکّد، کاللّفظ الرافع للاشـتباه الذی یتطرّق إلی الفعل نوعاً عهد مؤکد من القادر، فلیس مجرّد کون الإشـاره فعلاً موجبـاً لکون معـامله الأخرس معاطـاه دائمـاً، أو أنّ فعله منزّل منزله القول من غیره دائمـاً، بل له سنخان من العهد کما فی غیره، بلحاظ قوّه الدلاله علی مقاصده وضعفها نوعاً» (۱).

یعنی: إن الفعل مجمل یمکن وقوع الاشتباه فیه، بخلاف اللّفظ، لأن

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۲۵۵ - ۲۵۶

الظهور الإطلاقی فیه حجّه، لأنه کان قادراً علی التقیید ولم یقیّد، والإشاره المفهمه بحکم اللّفظ، فإنّ الأخرس قادر علی التقیید بالإشاره والمفروض أنه لم یقیّد، فیکون الظهور الإطلاقی لإشارته حجهً کذلک.

هل تکفی الکتابه عن الإشاره؟

قال الشّیخ:

والظاهر أیضاً: کفایه الکتابه مع العجز عن الإشاره... وأمّا مع القدره علی الإشاره، فقد رجّح بعض الإشاره، ولعلّه لأنها أصرح... وفی بعض روایات الطلاق ما یدلّ علی العکس... .

أقول:

القائل بتقدّم الکتابه - مع التمکّن منها - علی الإشاره هو ابن إدریس رحمه اللّه، لما رواه البزنطی فی الصحیح، عن أبی الحسن علیه السلام:

«عن الرجل تکون عنده المرأه... یصمت ولا یتکلّم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، ویعلم منه بغض لامرأته وکراهه لها، أیجوز أنْ یطلّق عنه ولیّه؟ قال: لا-ولکنْ یکتب ویشهد علی ذلک. قلت: فإنه لا یکتب ولا یسمع کیف یطلّقها؟ قال: بالذی یعرف به من أفعاله مثل ما ذکرت من کراهته وبغضه لها» (1).

ومن الواضح: إنّ الکتابه حکایه عن الألفاظ، وهی دالّه بالوضع علی المعانی الموضوعه لها، لکنّ الکتابه لا تدلّ علی الإنشاء إلّابالقرائن، ومعها

1- 1) وسائل الشیعه 22 / 47، الباب 19 من أبواب مقدمات الطلاق، الرّقم: 1

تکون الکتابه مقدّمه علی الإشاره بمقتضی هذه الصحیحه. واللّه العالم.

وخلاصه المطلب أنّ الشیخ رحمه اللّه یری کفایه الکتابه عند العجز عن الإشاره، لفحوی ما ورد فی کتابه الطلاق، وذکر أن بعض الأصحاب رجّح الإشاره علی الکتابه لکونها أصرح.

ثم أفاد أن المستفاد من بعض الأخبار تقدّم الکتابه... .

أمّا کلمته الاولی:

فقد کان الأولی أن یقول «لإطلاق» ما ورد، لا «لفحوی»، لأنّ بعض الأخبار الوارده فی طلاق الأخرس مطلق بکلّ وضوح، کقوله: «فی رجل أخرس کتب فی الأرض بطلاق امرأته. قال: إذا فعل فی قبل الطهر بشهود وفهم عنه کما یفهم عن مثله ویرید الطلاق جاز طلاقه علی السنّه» (۱) أی: أعم من کونه عاجزاً عن الإشاره وعدمه.

وفی أخری: «... لا یکون طلاقاً ولا عتقاً حتی ینطق به لسانه أو یخطّه بیده وهو یرید الطلاق أو العتق...» (۲).

وأمّا کلمته الثانیه:

فإن الأصرحیّه تفید الأولویّه لا التعیّن، وقد تقدّم أنّ الکتابه لا آلیّه لها للإنشاء - بخلاف الألفاظ - فترجّح الإشاره من هذه النّاحیه، نعم، قد تفید القرائن الحالیّه الحافه بالکتابه الإنشاء والقصد للمعنی، کما تفید دلالتها علی التصدیق للخبر إنْ کانت الجمله المکتوبه خبریّه.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۲ / ۴۸، باب جواز طلاق الأخرس بالکتابه والإشاره، الرّقم: ۴

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۲ / ۳۷، باب عدم وقوع الطلاق بالکنایه...، الرّقم: ۳

وأما الصحيحه المتقدمه الدالّه على تقدّم الكتابه، فلا يبعد أنْ يكون من جهه أنّ الكتابه نحوُ وجود للصيغه الخاصه المجمع على اعتبارها وهى «أنت طالق» بخلاف الإشاره، فإنّها ليست بوجودٍ للصّيغه المعتبره، ولو تنزّلنا، فالقول بذلك فى ساير المعاملات قياسٌ.

فالمرجع فى البيع بعد إحراز الصغرى عمومات البيع.

ثم إن البحث فى ألفاظ العقود يقع فى جهات:

الاولى: ما يعتبر فى اللّفظ المفرد من حيث المادّه، كمسأله اعتبار العربيه والصراحه... .

والثانيه: ما يعتبر فى اللّفظ المفرد من حيث الهيئه، كمسأله إعتبار كونه فعلاً واعتبار الماضويّه فيه... .

والثالثه: ما يعتبر فى اللّفظ المركب، كمسأله اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، والموالاه بينهما... .

هل يقع العقد باللّفظ الكنائى؟

قال الشيخ:

أمّا الكلام من حيث المادّه، فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات... .

أقول:

ذكر رحمه اللّه كلمات الفقهاء فى المسأله، ومجملها عدم كفايه الكنايه، وهى استعمال اللّفظ فى معناه الموضوع له حقيقةً، لكن المقصود بالتفهيم هو اللّازم أو الملزوم. فالمراد الاستعمالى هو المعنى الحقيقى، والمراد الجدّى هو اللّازم أو الملزوم، فالاستعمال ليس فى الملزوم أو اللازم، وإلّا

يلزم استعمال اللّفظ فى معنيين، وهو غير معقول.

ولما كان تحقّق المعامله منوطاً بالدلاله، وهى منوطه بالاستعمال، وهو حاصل فى اللّازم دون الملزوم وهو الملكيّه، فالمعامله باللّفظ الكنائى غير محققه.

هذا شرح كلامه.

فقال المحقق الخراسانى:

«ربما يمكن المناقشه فى صدق العقد على ما إذا وقع بالكنايه، فإنه عهد مؤكّد، ولا يبعد أن يمنع فيما إذا وقع بها، وذلك لسرايه الوهن من اللّفظ إلى المعنى، لما بينهما من شدّه الارتباط بل نحو من الاتحاد» (۱).

وكأنه يريد ما ذكرناه، من أن اللّفظ قد استعمل فى اللّازم واريد منه الملزوم، فالمقصود تفهيمه بالأصاله لم يستعمل اللّفظ فيه، والذى استعمل فيه ليس هو المقصود بالأصاله.

وقال العلّامه:

«الرابع من شروط الصيغه: التصريح، فلا يقع بالكنايه بيع ألبته، مثل قوله: أدخلته فى ملكك، أو جعلته لك، أو خذه منّى، أو سلّطتك عليه بكذا.

عملاً بأصاله بقاء الملك، ولأنّ المخاطب لا يدرى بم خوطب» (۲).

أقول:

لعلّ المراد أن البيع بالكنايه مجاز، إذ البيع يكون باستعمال اللّفظ فى

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۲۷

۲- ۲) تذكره الفقهاء ۱۰ / ۹

المعنی الموضوع له المقصود، وهذا هو الّذی یصدق علیه عنوان البیع حقیقهً، وعلیه، فلو شک فی صدقه علی الاستعمال الکنائی، لم یصحّ التمسّک ب «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» (۱) ونحوه، لأن إثبات الحکم یدور مدار إحراز الموضوع، وحینئذٍ یکون استصحاب عدم الملک هو المحکّم.

وأمّا مع فرض صدق العنوان علی ما إذا وقع بالکنایه، فإنه لا مانعیّه لعدم الصّراحه، لأن المفروض شمول العمومات للصریح وغیر الصریح، ولا دلیل علی اعتبار الصّراحه.

وأمّا قوله: ولأنّ المخاطب...، فأخصّ من المدّعی، لأنّ مثل قوله: جعلته لک، یحتمل البیع والهبه وغیرهما، أمّا لو جاء بکنایهٍ لا تفید إلّاالبیع، کان المخاطب یدری بما خوطب.

وقال المیرزا الاستاذ:

إنه قد یتحقّق الإخبار بالکنایه، کما لو قال: «زید کثیر الرماد» وانتقل ذهن المخاطب إلی جود زید، فکانت الکنایه إخباراً عن الجود، لکنّ الإنشاء إیجاد للمعنی، فإذا أتی بالمعنی الکنائی لم یتحقّق الانشاء للملزوم وإنْ انتقل ذهن المخاطب إلیه، لأن الانتقال إلیه أمر والإنشاء له أمر آخر، والبیع إنشاء للملکیّه، فهو لا یحصل بالکنایه، فالألفاظ الکنائیّه لا تصلح للإنشاء وإنْ صلحت للإخبار(۱).

۱- ۱) سوره البقره: ۲۷۵

أقول:

تـارةً نقول: بـأنّ الملكيّه أمرٌ واقعی، وكـلٌّ من نظر العرف والشـرع طريق إليه، ومتی وقع الخلاف بين نظرهما كان الشارع مخطّئاً للعرف فی نظره.

واخری نقول: بـأنّ الملكيّه أمر اعتبـاری لاـ واقعيه له، وحقيقه الأـمر الاعتباری من أعمال النفس وهی الموجـده له، وقوامه بنفس المعتبر، فالعقلاء يعتبرون الملكيّه، والشارع يعتبر علی طبق اعتبارهم فی كلّ موردٍ عنده اعتبار.

ص:٣٠

وعلى الثانی: فإن البایع یعتبر ویتسبّب باعتباره إلى اعتبار العقلاء أو الشارع، وحینئذٍ، قد یکون فاسداً عند العقلاء، أو عند الشارع وإنْ کان صحیحاً عندهم.

النّظر فی أدلّه القول بالمنع

وتحقیق الکلام فی مسأله تحقق البیع بالألفاظ الکنائیه، وهی معنونه منذ القدیم، بالنظر فی أدلّه القول بالمنع وقد قال به جماعه کالعلّامه وبعض المتأخرین، وهی امور:

الأوّل: إن مقتضى أصاله بقاء الملک هو عدم تحقّق البیع فیما إذا لم یصرّح بلفظ البیع.

والثانی: إن المخاطب إذا لم یصرّح بلفظ البیع – مثلاً – لا یدری بمَ خوطب.

ذکرهما العلّامه.

وقد قلنا: إنه لا دلیل على اعتبار النصوصیّه والصراحه، بل اللّازم هو الحجّه وهو ظهور الکلام. وأمّا استصحاب بقاء الملک إن کان اللّفظ کنائیاً، فهو حیث لا یصدق عنوان البیع عند العقلاء، فإذا صدق علیه العنوان حقیقةً شملته العمومات. وأمّا أن الخاطب لا یدری بم خوطب، فهو حیث تکون الکنایه مجملهً، وأمّا مع کونها ظاهره فی المعنى فهو یدری، والبیع تحقّق، لما تقدّم من أن المناط هو ظهور الکلام فی المعنى المقصود، ولا یعتبر العلم بالمعنى.

والثالث: ما ذکره المحقق الخراسانی من أنّ البیع عهد مؤکّد، ولا یبعد أن یمنع عن تأکّده إذا انشأ بالکنایه... .

فهو يذعن بحصول الدلاله، لكنّه ينكر التأكّد، لما ذكره من الوهن فى اللّفظ وأنه يسرى إلى المعنى، لما بينهما من الاتّحاد.

وتقريبه: إنّ البيع له حيثيّه العهديّه وحيثيّه التأكّد، فكما لا يكفى مجرَّد التعهّد القلبى بل لابدّ من الدلاله عليه، إذ لا يترتب الأثر على القصد القلبى فى معامله من المعاملات، كذلك لابدّ من الدلاله على تأكّده، لما تقدّم من أنّ الدلاله الأصليه للّفظ الكنائى إنما هى فى المعنى الموضوع الحقيقى له، وأمّا الملزوم المقصود منه فينتقل ذهن السامع إليه، وتكون دلاله اللفظ عليه تبعيّةً، والدلاله التبعيّه موهونه، وهذا الوهن يسرى إلى المعنى فلا يكون الدلاله مؤكّده، لوضوح منافاه الوهن للتأكّد، فلا يتحقق البيع، لضروره أنه العهد المؤكّد.

أقول:

بعد غضّ النظر عمّا فى كلامه من المسامحه، لأنّ البيع مبادله مال بمالٍ، نعم هو مصداق للعقد، والعقد عباره عن العهد المؤكد.

إنما يقال للبيع بأنه عهد، فى قبال المقاوله إذ لا عهد فيها، وإنما يقال بأنّه مؤكّد، فى قبال العهد الانفرادى مثل الوعد والوعيد، فلا يسمّى بالعقد، بل العقد هو العهد المرتبط بعهدٍ آخر، فيكون بارتباطه مؤكّداً، أى يكون مشدوداً بالآخر ويعضد أحدهما الآخر، ولو فرض عدم صدق «العقد» على «المعاطاه» لكون دلالتها على التأكّد بظاهر الحال والقرائن المقاميّه، فإنّ البيع المعاطاتى يكون موهوناً، وأمّا إذا كان البيع لفظيّاً، فالظهور كلامى، ودلالته على العهد تامّه، وتأكّده حاصل بارتباطه بالعهد الآخر كما تقدّم، فأين الوهن؟

وأمّا التبعيّه الّتى ذكرناها فى تقريب كلامه قدّس سرّه، فالجواب عنها

هو: إنه فى مقام الإنشاء يكون المقصود بالأصاله هو التسبّب إلى البيع، فالمعنى الملزوم هو المراد الجدّى، وأمّا اللّازم أى المراد الإستعمالى فمقصود بالتبع، والمدار على القصد.

فمقام التسبيب وترتيب الأثر على عكس مقام الدلاله الاستعماليه، إذ المقصود بالأصاله فى هذا المقام هو المراد الجدّى ويكون المراد الاستعمالى تبعاً له(۱).

۴ - البيع أمر إنشائى، والإنشاء من وجوه الاستعمال، ومن جهه اخرى، فإن اللّفظ الكنائى مستعمل فى معناه الموضوع له، ولا يستعمل مع ذلك فى البيع، وإلّا يلزم استعمال اللّفظ فى معنيين، فلا يكون البيع منشأً باللّفظ الكنائى.

والجواب:

إن هذه مغالطه، فإنّ الإنشاء المقابل للإخبار من وجوه الاستعمال، لا- أن الإنشاء على إطلاقه من وجوهه، ولذا يتحقق إنشاء التمليك بالمعاطاه، مع أنه ليس من وجوه استعمال اللّفظ. هذا أوّلاً.

وثانياً: إن قولهم «زيد كثير الرّماد» ونحوه إخبارٌ بلا إشكال، وهو يتحقّق

باللّفظ الكنائی بالضروره، مع كون الإخبار من وجوه الاستعمال كالإنشاء.

وثالثاً: إن المستفاد من كلمات الفقهاء، أن للملكيّه واقعيهً والعقد آله لتحقيق ذلك المعنی الواقعی ووجوده، ونظر العرف والشرع طريق لمعرفه ما هو آله وما هو ليس بآلهٍ، ولـذا يقع الاختلاف بين الشـرع والعرف، والشارع يحكم بخطأ العرف، وعليه، يجوز أن يقال بأنّ اللّفظ الكنائی ليس آلهً.

أمّا بنـاءً علی الصـحيح من أن الملكيّه أمر اعتباری، والاعتبار أمر نفسانی قائم بنفس المعتبر، ومع تحققه يصـدق عليه عنوان البيع فتعمّه العمومات والإطلاقات، فإنه متی صدق العنوان مع اللّفظ الكنائی فالبيع متحقّق.

والحاصـل: إن الأعراض توجـد بآلاتهـا وأسـبابها المناسـبه لهـا، فـالقلم آله لتحقق الكم إذا خطّ به، وكـذلك الملكيّه والزوجيّه ونحوهمـا، فإنهـا تحتـاج لوجودها فی الخارج إلی الآلات المناسـبه، فالمعتبر يعتبر الملكيّه ويتّصف الخارج بـذلك بالآله، أی أنه يتجلّی فی الخارج، لا أن الآله – وهو العقد – يحقق الملكيه – مثلًا – خارجاً. نعم، لو كانت الملكيّه أمراً واقعيّاً، أمكن البحث عن أن اللّفظ الكنائی يصلح لأنْ يكون سبباً للوصول إلی تلك الحقيقه الواقعيّه أوْلا، لكنّ المبنی غير صحيح.

وعلی الجمله، فـإنّ هـذا الإشـكال إنمـا يتوجّه علی القول بأن الملكيّه أمر واقعی نفس أمری، لا علی القول باعتباريّتها، والحق هو الثانی.

ويبقی نسـبه القـول الأوّل إلی المشـهور، لكنّ الشـهره الفتوائيه غير كاشـفهٍ عن رأی المعصوم ولا عن حجّهٍ شـرعيّهٍ، مضافاً إلی احتمال كون فتواهم بذلک من باب الاحتياط أو الأخذ بالقدر المتيقّن.

وأمّا دعوی الإجماع المنقول فی المسأله، فالظاهر قيامه علی اعتبار

اللّفظ فی اللّزوم، أمّا اعتبار لفظٍ مخصوص فلا إجماع علیه أصلًا، ولا ریب فی العقد اللّفظی فی أن یکون اللّفظ ظاهراً فی المراد وکاشفاً عنه، وبذلک یتحقّق الإنشاء وإنْ کان اللّفظ کنائیاً، إذ المناط ما ذکرناه، وبذلک نجیب عن کلام شیخنا المیرزا قدس سرّه(۱).

الأقوال فی ألفاظ العقد من حیث الکنایه والمجاز والاشتراک

وبعد، فإن الأقوال فی صیغه العقود کما یلی:

۱ - ما ذهب إلیه فخر المحققین من أن کلّ عقدٍ لازم وضع الشارع له صیغه مخصوصه بالاستقراء (۱)، فلابدّ من الاقتصار علی المتیقّن.

وحاصله: إن عدم الکنایه هو من باب القدر المتیقّن، وعلیه، یلزم الأخذ بذلک فی کلّ لفظ شک فی تحقق العقد به، کما لو کان مجازاً أو مشترکاً أو غیر ذلک.

۲ - إنه یعتبر فی کلّ عقد أن یُنشأ فیه عنوان المعامله، بأنْ یقول فی البیع

۱- ۱) إیضاح الفوائد فی شرح القواعد ۳ / ۱۲

امکان ارائه محتوا وجود ندارد

ص:

لفظٍ وقعت به المعامله فی زمن الشارع وأنفدها فهو المؤثّر فی تلك المعامله، فأیّ لفظٍ كان متداولاً فی عصر المعصوم ولم یردع عنه فهو كافٍ، وأیّ لفظ لم یثبت كونه متداولاً فی ذلك الزمان فلا دلیل علی وقوع العقد به.

المختار فی المسأله

٨ - كلّ لفظ صریح أو ظاهر فی معنی المعامله ظهوراً یعتدّ به العقلاء فهو كاف، بلا توقّف علی كونه متداولاً فی زمن المعصومین، إذ تكفی العمومات والاطلاقات دلیلًا علی الجواز ولا حاجه إلی الإمضاء.

وهذا هو المختار عندنا.

وتوضیحه بإیجاز هو: أنه لو لم تكن عندنا الإطلاقات والعمومات لكنّا بحاجه إلی الإمضاء، وهو دلیل لبّیّ، والقدر المتیقن منه ما كان متداولاً فی زمنهم یقیناً، وما لا یقین بتداوله فی ذلك الزمان فلا یؤثر.

لكنّ مقتضی العمومات والإطلاقات كفایه كلّ لفظٍ له ظهور عقلائی فی المعنی، وإنما نقول بضروره الظهور النوعی العقلائی، لأنه لو لم یكن كذلك - بل كان ظهوره بالقرینه الشخصیّه - لم یعتد به العقلاء، وحینئذٍ، لا یمكن نسبه قبوله إلی الشارع، لأنّ الإطلاقات والعمومات الشرعیه كلّها مخصصّه بالمخصّص اللّبی، فقوله تعالی «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» مخصّص أی: أحلّ اللّه البیع الذی یعتدّ به العقلاء، لأنّ الشارع لا یمضی ما لیس بعقلائی.

وبعباره اخری: إنّ لنا علماً إجمالیّاً بعدم حلیّه بعض البیع شرعاً، فالآیه المباركه مخصّصه بالعلم الإجمالی المذكور، وقد تقرّر فی محلّه سرایه إجمال المخصّص إلی العام، فلا تبقی الآیه علی عمومها.

وكذا الكلام فى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

وقد يقال بسقوط العموم من جهه تخصيص الأكثر، أمّا بناءً على مسلك القدماء من أن العام المخَصّص مستعملٌ فى الخاص مجازاً والمخصِّص قرينه على المجاز، فلو قال: أكرم العلماء، ثم جاء المخصص منفصلاً بأنه: لا تكرم النحويين، فقد استعمل العلماء فى ما عدا النحويين مجازاً، وقوله: لا تكرم النحويين قرينه عليه، وحيث أنه يعتبر المناسبه بين المعنى المجازى والحقيقى، فإنْ كان المخصص قليلاً، كان معظم الافراد باقياً تحت العام والمناسبه محفوظه والاستعمال صحيحٌ، وأمّا لو خرج معظم الأفراد من تحت العام وبقى النادر، انتفت العلاقه والمناسبه بين المعنيين الحقيقى والمجازى، والاستعمال المجازى بدون علاقه غير صحيح، ولذا لا يجوز استعمال العام فى الفرد النادر.

وأمّا بناءً على مسلك المتأخرين - وهو الحق - من أنّ العام مستعمل فى معناه الحقيقى وهو المراد الاستعمالى، وإنما المخصص مبيّن للمراد الجدّى، فإذا جاء المخصِّص أفاد أن ما عداه هو المراد الجدّى، فلا معنى لأن يستعمل المتكلّم العاقل اللّفظ العام فى العموم ويريد الأفراد النادره، وهذا معنى قولهم بأن تخصيص الأكثر مستهجن.

نقد الأقوال الاخرى

ذكرنا الوجوه والأقوال فى المسأله، وهى فى الأغلب مستنده إلى عدم وجود العمومات والإطلاقات القابله للاستدلال فى المقام، فلا مناص من الأخذ بمقتضى الإطلاق المقامى، بتقريب: أن كلّ عقد متداول فى عصر

الشارع لم يردع عنه فهو نافذ عنده وأنه معتبر له على حسب ما اعتبره العقلاء، إذن، لابدّ من الأخذ بتلك العقود وجعلها القدر المتيقّن من الألفاظ المؤثره، وأمّا الآيات من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ونحوه، فهى وارده فى مقام التشريع لا ـ لبيان الحكم الفعلى، ولا عموم لها ليتمسّک به ويرجع إليه.

أو من جهه أن اللّام فى «الْعُقُودِ» للعهد، أى: العقود المتداوله والمتعارفه بين الناس... فليست الآيه دالّه على العموم.

أو من جهه أنّ التمسّک بالإطلاق والعموم فى الآيات منوطٌ بعدم وجود العلم الإجمالى بالمخصّصات والمقيّدات الكثيره، وإلّا يلزم الإجمال فى الآيات ولا يبقى لها ظهور يتمسّک به.

أو من جهه أنّ تلك العمومات والإطلاقات مبتلاه بالتخصيص الأكثر، على ما تقدّم.

وبالجمله، فإنّ مناط الأقوال إنكار العموم والإطلاق فى الأدلّه، وينحصر الدليل بالإمضاء، وعليه، فلا يجوز التعدّى عن اللّفظ المتداول الممضى شرعاً إلى غيره.

ولنا فى جميع ما ذكر بحث.

أمّا دعوى أنّ الآيات فى مقام التشريع، فقد قرّرنا فى الاصول أن ظاهر حال كلّ متكلّم كونه فى مقام بيان الحكم الفعلى، ومع الشک فإنّ ذلک مقتضى أصاله البيان، وعليه، فمقتضى القاعده حمل الكلام على إراده الحكم الفعلى، إلّاأن يقوم دليل على كونه فى مقام التشريع، وعدم الدليل كافٍ للحمل على الحكم الفعلى، ومجرّد احتماله لا أثر له.

وأمّا احتمال كون «اللام» للعهد، فخلاف ظاهر الكلام كذلک، لأنّ

«البیع» کلّی طبیعی، وإذا دخلت اللّام علی الکلّی الطبیعی أفادت أنه بما هو ماهیّه کلیّه مرادٌ للمتکلّم، وحینئذٍ، فحمل اللّام علی العهد یحتاج إلی قرینه، وعدمها کاف للحمل علی العموم... .

وکذا الکلام فی «العقود».

فالاحتمالان مندفعان بعدم الدلیل، والظهور فی الاطلاق والعموم محکّم.

وأمّا فرضیه العلم الإجمالی بالتخصیص، کالبیع الغرری والربوی وما لا یقدر علی تسلیمه و... فنقول: إنه من العلم الإجمالی المردّد بین الأقل والأکثر المنفصل، ومقتضی القاعده المقرّره فیه هو الأخذ بالقدر المتیقّن وهو الأقل والتمسّک فی الزائد عنه بالعام والمطلق، فلا شک بعد ذلک فی انحلاله، والذی یسری إجماله إلی العام أو المطلق هو غیر المنحلّ.

وأمّا التخصیص بالأکثر، فهو موهن لا محاله، سواء کان العام مستعملاً فی الخاص مجازاً کما علیه القدماء أو فی العموم والإراده الجدیّه متعلّقه بما عدا المخصص کما علیه المتأخرون، فالکبری مسلَّمه وتخصیص الأکثر مستهجن علی کلّ تقدیر، ولکنّ الکلام فی الصغری.

لقد قررنا فی الاصول أن تخصیص الأکثر إنما یضرّ بالظهور بناءً علی مسلک القدماء، وأمّا بناءً علی ما هو الحق – من أن المطلقات مستعمله فی المعانی الحقیقیّه لها وهی الماهیات المطلقه، والخصوصیات القیدیه تفاد بالدّوال الثانویه، فهناک دالّان ومدلولان – فسواء کان المقید متّصلاً أو منفصلاً، فإن المطلق قد استعمل فی نفس الطبیعه الکلیّه، ولا مجازیّه أصلاً، وعلیه، فإنّ المقیّدات الکثیره لا تضرّ بانعقاد الظهور أبداً، لأنّ للمتکلّم أن

يفيد مرامه إلى وقت الحاجه بدوالّ متعدّده، وفاقاً للشيخ الأعظم الذى قرّر هذا المطلب بأحسن تقرير، وخلافاً للمحقّق الخراسانى القائل بانحصار مقام البيان بحال التكلّم، فقد ذكرنا فى محلّه أن لا وجه لِما ذهب إليه.

وبعباره اخرى: فإن كون المتكلّم فى مقام البيان - الذى هو من مقدّمات الإطلاق - مستمرٌّ إلى وقت الحاجه، وله أن يبيّن مقصده ومرامه ببياناتٍ ودوالٍّ متعدّده.

فظهر أنّ التقييدات الكثيره لا تضرّ بظهور الكلام وإفادته للمرام على ما هو التحقيق عند المتأخرين، فإنّ ظهوره محكمٌ ويرجع إليه فيما عدا ما خرج بالدليل تقييداً من تحت المطلق، والمفروض عدم قيام الدليل على المنع من البيع بالكنايه أو المجاز... .

هذا كلّه فى المطلقات.

إنما الإشكال فى العمومات، فإن المفروض كون المستعمل فيه عامّاً، فيضرّ تخصيص الاكثر بالعموم لا محاله، لأن «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يقتضى وجوب الوفاء على كلّ متعاملين فى كلّ عقدٍ من العقود، لكنّ هناك عقوداً لا يجب عليهما أو على أحدهما الوفاء فيها، كالهبه بغير ذى رحم، وغير المعوّضه وكذا فى الوكاله، وفى القرض لا يجب الوفاء على المقترض وفى الرهن كذلك... فالآيه مخصّصه بمخصصات كثيره، لا سيّما بالنظر إلى أفراد العقود الواقعه فى الخارج، إذ ما لا يجب الوفاء فيه أكثر ممّا يجب.

وبعباره اخرى: ليس المراد من قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين العقود، بل المراد الأفراد الخارجيه، فهو عام أفرادى، مثل أكرم العلماء، الذى يعمّ جميع الأفراد، وليس المقصود منه علماء الفقه وعلماء النحو وعلماء

الطب وغيرها من العمومات الأنواعيه والأصنافيه، لأنّ ملاك وجوب الإكرام هو حيثيّه الاتّصاف بالعلم، أيّ فردٍ كان وبأيّ عنوان من العناوين، فكذلك «العقود» فی الآيه، حيث أن وجوب الوفاء مترتب على حيثيّه العقد بلا نظر لنوعه، من كونه بيعاً أو إجاره أو نكاحاً... وهكذا... .

وبالجمله، فلا ريب فی أكثريه ما هو خارج ممّا هو باق تحت العموم.

والتحقيق فی الجواب:

إن العام وإنْ كان أفرادياً والملاك قائم بحيثيّه «العلم» فی مثل: أكرم العلماء، ولكن إن جاء المخصّص مخرجاً لعنوانٍ من العناوين، فإن الخارج يكون هو العنوان، فلو قال: أكرم العلماء ثم قال: لا تكرم الصرفيين، خرج هذا العنوان وإنْ كانت أفراده أكثر من العلماء فی سائر العناوين بأضعافٍ مضاعفه، وهذا ليس من تخصيص الأكثر المضرّ بظهور العام.

وفيما نحن فيه الأمر كذلك، فإن الخارج من تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عناوين قليله بالنسبه إلى ما يبقى تحته منها، وإنْ كانت أفراد العناوين الخارجه كثيرةً جدّاً، فمثل هذه التخصيصات لا تضرّ بعموم الآيه المباركه والتمسّك به.

فتلخص: إنّ لنا التمسّك بإطلاق «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» وبعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مضافاً إلى أنّ لهذه الآيه جهه الاطلاق أيضاً، لما ذكرنا فی الاصول من أن فی العام حيثيّه الإطلاق إلى جنب حيثيه العموم، فأداه العموم تفيد العموم بالنسبه إلى الخصوصيّات الأفراديه، وبإطلاقها تفيد الشمول بالنسبه إلى أحوال الأفراد، فقوله: «أكرم كلّ عالم» يدلّ على وجوب إكرام جميع أفراد العالم على جميع أحوالهم.

ص:۴۲

ونتیجه البحث بعد اندفاع الشبهات هو تحکیم العموم والاطلاق فی الآیات، فإنّ اللّفظ - فی الکنایه - وإنْ کان مستعملاً فی المعنی الحقیقی له، ولکنّ المنشأ المقصود بالأصاله هو البیع، إذ البیع - وهو أمر اعتباری قائم بالنفس - یتجلّی باللّفظ الکنائی، وهو کافٍ.

کما أنّا لو قلنا فی موارد المجازات: بأنّ اللّفظ غیر مستعملٍ فی المعنی المجازی، بل اللّفظ والقرینه معاً یدلّان علی المعنی المقصود، کأن یقال فی «رأیت أسداً یرمی» بأن «الأسد» و«یرمی» معاً یدلّان علی الرجل الشجاع، أمکن القول بعدم إنشاء المعنی باللّفظ، وأن القرینه لها دخلٌ فی الدلاله علیه، وعلیه، فلو کانت القرینه حالیّه لما تمّت الدلاله، فیشترط أنْ تکون لفظیّةً، وهذا ما ذهب إلیه الشیخ فی المقام.

لکنّا لا نقول بمدخلیه القرینه فی الدلاله علی المعنی، بل اللّفظ مستعمل واقعاً فی الرجل الشجاع، والقرینه «یرمی» قد صَرَفت اللّفظ عن المعنی الحقیقی الموضوع له وهو الحیوان المفترس، وبذلک ینعقد الظهور للّفظ فی المعنی المجازی، سواء کانت القرینه حالیّه أو مجازیّه.

وعلی الجمله، فقد أوضحنا دلیل القائلین بالاکتفاء بالقدر المتیقن، أو باعتبار اللّفظ الصریح، أو أنّ المعتبر فقط ما کان متداولاً فی عصر المعصوم ووقع موقع الإمضاء، وهو عدم وجود العمومات والإطلاقات، وأثبتنا بعد ذلک العموم أو الاطلاق فی الآیات، وتعرّضنا لمختار الشیخ قدّس سره ودلیله وبیّنا ما فیه.

وأمّا القول بعدم جواز إنشاء العقد بالکنایه، لأنّ الملزوم المقصود - وهو البیع مثلاً - غیر منشأ، فلا یکون للکنایه آلیّه تحقّق البیع، فقد تقدّم

الجواب عنه مفصّلاً.

وأمّا التفصيل بين المجاز القريب والبعيد - والمراد من القريب والبعيد، تارةً: العلقه، لأنّها قد تكون قريبةً من المعنى الحقيقى وقد تكون بعيده عنه.

واخرى: الاحتياج إلى القرينه، فالقريب ما يحتاج إلى القرينه الواحده والبعيد ما يحتاج إلى قرائن، وثالثه: الشهره وغيرها، فالمجاز للقريب هو المشهور والبعيد هو غير المشهور - فالظاهر أنه يبتنى على أنّ المجاز البعيد ليس له ظهور عقلائى، وإلّا، فالملاك هو الظهور الحجه، ومع قيامها لا يفرّق بين العلقه القريبه والبعيده، ولا بين المجاز المشهور وغير المشهور، ولا بين ما يحتاج إلى القرينه الواحده وما يحتاج إلى القرائن.

نعم، لابدّ من الظهور المعتدّ به عند العقلاء، بحيث يحتجّون به لدى الخصومه، وقد ذكرنا ذلك فى بيان المختار.

تفصيل الميرزا النائينى

وقد كان للميرزا الاستاذ تفصيل آخر، وهو بتقرير منّا:

إنه إنْ أنشأ البيع باللّفظ المجازى أو المشترك اللّفظى، على أنْ يكون الإنشاء بنفس اللَّفظ والقرينه دالّه على كونه بنفس اللّفظ، أو أنشأ باللّفظ المشترك وجاء بالقرينه المعيّنه لأحد المعنيين، فلا إشكال. أما لو كان إنشاؤه على أن المجموع من اللفظ والقرينه هو الدالّ على المعنى المقصود، لم يكن مؤثراً، وذلك لأن عناوين المعاملات معانٍ بسيطه، والبسائط دفعيّه الوجود ولا يعقل التدرّج فى وجودها.

وأما المشترك المعنوى - وهو على التحقيق: استعمال اللّفظ فى المعنى

الجـامع وفهم الخصوصـيّه بـدالٍّ آخر - فتارةً: يكون المشترك الجامع البعيـد، وأخرى: يكون الجامع القريب، والخصوصـيّه تارةً: هى منـوّعه واُخرى مصـنّفه، فقـال: إنّ التمليـک معنىً جـامع بيـن تمليـک العيـن وهـو الـبيع وتمليـک المنفعه وهـو الإجـاره، وله خصوصيّات، فقد يكون تمليك بضمان وقد يكون بدون ضمان، وقد يكون بعوض وقد يكون لا بعوض. فالتمليك جنس قريب أو نوع، وهذه الخصوصيّات صنفيّه خارجه عن ماهيّته. فإذن:

لو قال: ملكتك هذا، فقد وقع الإنشاء، وتلك الخصوصيّات خارجه، ولو قال: زوّجتک، فقد أنشأ التزويج، ولكنّ خصوصيه كونه إلى أمدٍ، أو بدون أمدٍ فخارجه عن الماهيّه.

وعليه، فلو أنشـأ البيع بلفـظ «التمليک» الجنس القريب المشترک بين الخصوصـيّات، صـحّ البيع وتكون القرينه معيّنهً للخصوصـيه المقصوده.

وأمّـا لو أنشـأ البيع بلفظٍ مشترک هو جنس بعيـد، كما لو قال: «نقلت»، الـذى يعمّ نقل الحجر من مكان إلى مكان، ونقل الإنسان من مكـانٍ إلى مكـان، ونقـل المتـاع من مكـانٍ إلى مكـان، ونقـل المال من ملکٍ إلى غيره، كانت الخصوصـيّه البيعيّه المقصوده مسـتفادهً من دالٍّ آخر، وعليه، لم يكن قوله «نقلت» إنشـاءً للـبيع، لأنـه إنمـا يكون انشـاءً له إذا قـال: «نقلت إلى ملكـک» فكـانت الدلاله من جهه القرينه، وأمّا اللفظ المشترک «نقلت» فلم يدل على البيع، فليس إنشاءً له.

فهذا وجه التفصـيل بين المشترک اللفظى والمعنوى، والتفصيل فى المعنوى بين الجنس القريب مثل «ملّكت» والجنس البعيد مثل «نقلت»، فالثانى غير محقق للبيع والأوّل محقّق له.

ص:۴۵

وخلاصه کلامه: إنه وإنْ کانت عناوین المعاملات مختلفةً فی النوع، إذ البیع نوع، والإجاره نوع آخر، والهبه نوع ثالث، لکنها مشترکه فی الملکیّه، وهی المعنی الجامع بینها - لکون البیع ملکاً للعین بعوض والهبه ملکاً لها بلا عوض، والإجاره ملکاً للمنفعه - فکانت شبیههً للأصناف بالنسبه إلی النوع الواحد.

وبعباره اخری: تاره نلحظ العناوین بلا جههٍ جامعهٍ بینها، واخری:

نلحظها مندرجه تحت جامع واحد.

قال: إن البسیط دفعی الوجود والتحقّق، ولا یعقل التدریجیّه له فی مقام الوجود، وإلّا یلزم الخلف - فهذا ما أراد إفادته هنا، لا أنّ المعنی البسیط لابدّ من صدوره من العلّه البسیطه فذاک أمر آخر - وإذا کانت الملکیّه ماهیهً مستقلّه بسیطه هی بمثابه النوع للأصناف، والخصوصیّات المصنّفه خارجه عن الماهیه، فلو أنشأ هذه الماهیه البسیطه الواحده وکانت خصوصیاتها الممیّزه متدرّجه فی الإفاده فلا مانع، أمّا لو أنشأ الجامع البعید - کما لو قال: بادلت مالی بمالک، المناسب للملکیّه وغیرها، أو قال «نقلت» المناسب للتملیک وغیره کما تقدم - لم تتحقّق الملکیّه، فلو قال بعد ذلک: «بعوضٍ معیّن» لم تتحقق الملکیه کذلک، لعدم إفادتها لها، وإنْ أراد إنشاء البیع بمجموع «نقلت» و«بعوض معین» لزم التدرّج فی الوجود، وهو فی الأمر البسیط غیر معقول.

الجواب عنه

ونقول فی الجواب عن التفصیل المذکور إنه:

إن کانت صیغ العقود إیجاداً للملکیه العقلائیّه، کما هو الظاهر من

كلمـاتهم، فمـا ذكره حق لاـ محيص عنه، لكون الملكيّه بسـيطهً - بـل هى أبسـط من المقولات التسع التى هى بسائط فى الخارج وإن كـانت مركّبه بالـدقه العقليه فى مقـام تصوّر ماهيّتهـا - وذلـك، لأنها أمر اعتبارى، والإعتبار بسـيط فى جميع شـئونه، وقوامه بالاعتبار المحض، والأمر البسيط دفعى الوجود لا يعقل تدرّجه.

وأمّـا بنـاءً على ما هو الحق من أن الاعتبار أمر قائم بنفس المعتبر، وهو متعـدّد، فتارهً هو البائع بوحـده، فإذا قال «بعت» تحقق البيع فى اعتباره فقط، ولا وجه لأنْ يقال بأنّ البائع الموجب يُوجـد الاعتبار العقلائى، بل إن اعتبار العقلاء قائم بنفس العقلاء، فإنْ كان لهم اعتبـارٌ على طبق اعتبار البائع أصـبح البيع عقلائيّاً، ثم إنْ كان للشارع اعتبارٌ على طبق اعتبارهم ترتب الأثر على ذلك الإنشاء شرعاً، وإلّا فقد خطأ العقلاء فى اعتبارهم.

والحاصـل: إنّ هنا اعتبارات، وكلٌّ منها قائم بنفس المعتبر، من المالك البائع، والعقلاء، والشارع، ولكلّ من هـذه الاعتبارات أثره المختصُّ به عندما يكون لكلٍّ منها مصحّحٌ.

فظهر: أنه لمّا أنشأ البايع، فقـد أعلن عن اعتباره النفسانى، سواء كان إبرازه بلفظ «بعت» أو «ملكت» أو «نقلت»، لا أن اللّفظ موجدٌ للملكيه حتى يقـال بأنّهـا أمر بسيط ولا يعقل تـدرّجه فى الوجود، وإنما الحاصل تجلّى البسـيط الناشـئ فى النفس، والتـدرّج فى التجلّى والإظهار لا مانع منه.

وعلى الجمله: فإنّ هذا التفصـيل مبنيٌّ على أن الألفاظ أسـباب وآلات لوجود البيع وغيره من الامور الاعتباريّه العقلائيّه، كما عليه المشهور، وقد عرفت أنّ المبنى غير صحيح.

ص:۴۷

وغايه ما يمكن أن يقال: إنّ العقلاء قـد اعتبروا الآليه للألفاظ لتحقّق تلك الامور الاعتباريّه، لا أنها آلات حقيقةً، وعليه، فلا مانع من اعتبار الآليّه للمركّب التدريجى.

وعلى كلّ حال، فالتفصيل المزبور ساقط(١).

ص:۴۸

قال الشيخ:

ومع هـذه الكلمات، كيف يجوز أن يسـند إلى العلماء أو أكثرهم وجوب إيقاع العقـد باللفظ الموضوع له، وأنه لا يجوز بالألفاظ المجـازيّه، خصوصـاً مـع تعميمهـا للقريبه والبعيـده كمـا تقـدم عن بعض المحققين. ولعلّه لمـا عرفت من تنـافى... جمـع المحقق الثانى... بحمل المجازات الممنوعه على المجازات البعيده، وهو جمع حسن، ولعلّ الأولى... .

أقول:

أخرج المحقق الثانى المجاز البعيد، وأخرج الشيخ المجاز ذى القرينه الحاليّه، ويسرى ذلك إلى المشترك ذى القرينه الحاليه.

ثم إنّ جمع الشـيخ وإنْ كـان أحسن من جمع المحقق الثـانى كمـا أفـاد، لكنّ الإنصاف أنه مخالف لظواهر كلمات الفقهاء، وقد قدّمنا أنه لا فرق فى القرينه بين الحاليّه واللفظيّه، لكونها صارفةً عن المعنى الحقيقى، لا دخيلةً فى الدلاله على المعنى المقصود.

وتحصّل مما ذكرنا: أنّ المناط قيام الحجه على مضـمون العقد، سواء كان صريحاً أو ظاهراً، وسواء كان الظهور بالدلاله المطابقيه أو الالـتزاميه، وسواء كـان بالمجاز القريب أو البعيـد، وسواء كان بالمشترك اللفظى أو المعنوى، القريب أو البعيـد، وسواء كانت القرينه حاليه أو قوليّه، أو غير ذلك.

ص:٥٢

نعم، يُعتبر أن تكون الحجّه ممّا يحتجّ به العقلاء كلّهم فى محاوراتهم وخصوماتهم، ولا تختصّ بالشخص وحده.

وذلـك، لأنـه لمّـا فرض صـدق عنوان البيع - مثلًا - عليه بالحمل الشائع الصـناعى، فإنّه سيكون صـغرى للعمومات والإطلاقات، والتى قد عرفت اندفاع الإشكالات عنها.

فی ألفاظ الإیجاب والقبول

منها: لفظ «بعت»

قال الشیخ:

منهـا: لفـظ «بعت» فی الإیجـاب، ولاـ خلاـف فیه فتویً ونصّـیاً، وهو وإنْ کـان من الأضـداد بالنسـبه إلی البیع والشـراء، لکنّ کثره استعماله فی البیع وصلت إلی حدٍّ تغنیه عن القرینه.

أقول:

ما ذکره من کون البیع من الأضداد موجود فی غالب الکتب اللغویه، وقد ظفرت فی اثنین منها بزیادهٍ:

أحـدهما: المفردات للراغب فـإنه یقول: «الشـراء والبیع یتلازمان، فالمشتری دافع الثمن وآخـذ المثمن، والبائع دافع المثمن وآخذ الثمن، هـذا إذا کـانت المبایعه والمشاراه بناضّ وسـلعه، وأمّا إذا کانت بیع سـلعهٍ بسـلعه صـحّ أن یتصوّر کلّ واحـد منهما مشتریاً وبائعاً، ومن هذا الوجه صار لفظ البیع والشراء یستعمل کلّ منهما فی موضع الآخر» (۱).

وظاهر کلامه التفصیل.

والثـانی: المصـباح المنیر فقـال: «والبیع من الأضـداد مثل الشـراء، ویطلق علی کلّ واحـدٍ من المتعاقـدین أنه بائع، ولکنْ إذا اطلق البائع فالمتبادر إلی

۱- ۱) المفردات فی غریب القرآن: ۲۶۰ «شری»

الذهن باذل السّلعه» (۱).

وسنتكلّم فيما بعد على هاتين الكلمتين.

وأمّا قول الشيخ: بأنّ كثره الاستعمال تغنيه عن القرينه، ففيه بحث، وذلك:

لأنه تارةً: تبلغ كثره الاستعمال باللّفظ إلى الحقيقه العرفيّه، فتكون حقيقه ثانويّه، ويخرج اللّفظ من الاشتراك إلى التعيّن.

واخرى: لاـ يكون كـذلك، بل يشـتهر اسـتعمال اللّفظ فی أحـد المعنيين، فيكون المراد من ذلك: شـهره الاسـتعمال، وفی ذلك إشـكال تعرّض له بعض أكـابر الاـصوليين كصاحب الفصول أو المحقق القمّی فی قولهم: المجاز المشـهور مقـدّم على الحقيقه، فقال: لا وجه له(۱).

ولكن يمكن أن يقال هنا:

إن كثره الاسـتعمال وشـهرته يُوجب انس ذهن السّامع بذلك المعنى المشتهر فيه، فلو كان المتكلّم فی مقام البيان ولا يريد ذلك المعنى المستأنس، لزم عليه أنْ ينصّ على نفيه أو يقيم قرينه، فلولم يفعل ذلك ولم

۱- ۱) المصباح المنير: ۶۹ «باعه»

البـائع، وقبوله سـببٌ لأنْ يكون ماله ملكاً للبائع ويتحقّق ملكيّته لماله، فكلّ منهما يملّك بعوض، لكن الـذى يصـدر من البائع هو التمليك الصريح ومن المشترى هو التمليك الضمنى.

لكنْ فيه:

إن معنى التمليـك بعوض هو إنشاء الملكيه، وهـذا لا يكون إلّامن البائع، أمّا المشترى فلا يُنشأ، فليس لفظ «البيع» مشتركاً معنويّاً، بل هو مشترك لفظى بين الضدّين كما ذكر اللغويون، ولعلّه لذا أمر بالتدبّر.

وعلى الجمله، فإنّ لفظ البيع مشترك لفظى بين الضـدّين، وأورد كلمات اللغويين، ومتى قالوا فى كلمه أنها من الأضداد، فالمراد هو الاـشتراك اللفظى، واحتمال كونه مشتركاً معنوياً وكلّ من البيع والشـراء مصـداق، قـد تقـدّم ما فيه بعـد تقريبه، وحاصـله: إن المشترى لا ينشأ تمليك الثمن، وإنما يقبل ما فعله البائع وهو إدخال ملك المشترى إلى ملكه.

فإنْ قلت:

مطاوعه المشترى للبائع إنما تصـدق بأنْ يفعل ما فعله، فكما ملَّك ذاك يملّك هـذا، غير أن البائع يملّك المثمن ويتملّك الثمن والمشـترى يتملّـك المثمن بعوض، فكـلٌّ منهمـا مملّـك غير أنّ ذاك يملّـك الغير والمشترى يملّـك نفسه، فهمـا مشتركـان فى الجامع وهو التمليك بعوض.

قلت:

معنى «التمليك بعوض» هو إنشاء تمليك الغير بعوضٍ يقبضه، وما يفعله المشترى: تمليك للنفس بعوضٍ يـدفعه، ولـذا، فإن البيع تمليك بالعوض، والشراء تملّك بالعوض، ولا جامع بينهما.

منها: لفظ «شريت»

قال الشيخ:

ومنها: لفظ «شريت»، فلا إشكال فی وقوع البيع به، لوضعه له كما يظهر من المحكّی عن بعض أهل اللغه، بل قيل: لم يستعمل فی القرآن الكريم إلّافی البيع.

وعن القاموس... .

أقول:

قال فی القاموس: «شراه يشريه، ملكه بالبيع، وباعه كاشتراه، فهما ضدّان» (۱).

وفی المصباح المنير: «المتاع أشريه إذا أخذته بثمن أو أعطيته بثمن، فهو من الأضداد» (۲).

وفی مجمع البحرين: «شريت الشیء اشريه شری وشراءً، إذا بعته وإذا اشتريته أيضاً، وهو من الأضداد» (۳).

والقائل بأنه لم يستعمل فی القرآن إلّافی البيع هو السيّد بحر العلوم (۴).

قال تعالی: «وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ...» (۵)

وقال: «الَّذِينَ يَشْرُونَ الْحَياةَ الدُّنْيا...» (۶)

۱- ۱) القاموس المحيط ۴ / ۳۴۷

۲- ۲) المصباح المنير: ۳۱۲ «شريت»

۳- ۳) مجمع البحرين ۱ / ۲۴۵

۴- ۴) مفتاح الكرامه ۱۲ / ۴۹۵

۵- ۵) سوره يوسف: ۲۰

۶- ۶) سوره النساء: ۷۴

وقال: «بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ...» (۱)

قال الشيخ:

وربمـا يستشـكل فيه بقلّه اسـتعماله عرفـاً فى البيع، وكونه محتاجـاً إلى القرينه المعيّنه، وعـدم نقـل الإيجـاب به فى الأخبار وكلام القدماء. ولا يخلو عن وجه.

أقول:

ذكر ثلاثه امور (۱) قله الاستعمال (۲) يحتاج إلى القرينه (۳) فى الأخبار وكلمات القدماء لم يذكر الشراء بمعنى البيع.

وكيف يقول فى الأول «لا إشكال» ثم يقول: «لا يخلو من وجه»؟

أمّـا قلّه الإسـتعمال، فـإنْ أراد المستشـكل أنّ قلّه اسـتعمال لفـظ الشـراء فى البيع قـد أدّى إلى هجر هـذا المعنى، وتعيّن اللّفظ فى المعنى المقابل، فتلك دعوى عليه إثباتها، مع أنّ هذا اللّفظ لم يستعمل فى القرآن إلّافى البيع كما ذكر.

وإنْ أراد أنّ اسـتعماله فى البيع قليـلٌ بالنسـبه إلى المعنى الآخر، فإنّ هـذا إنّما يثمر فى مقام الشـهاده أو الإقرار، فإنه إذا شـهد بأنّ زيـداً باع المتاع بثمن كـذا، أو أقرّ على نفسه بأنّه قـد باع المتاع بكذا ثمن، يقع الإشـكال فى مراده من «البيع»، وأمّا فى مقام البيع والشـراء فلا ثمره لهـذا الكلام، إذ يعتبر فى البيع عدم الغرر، وذلك يتحقّق بتعريف البائع للمثمن والمشترى للثمن، فيُعرفان معرفةً رافعةً للغرر، وإذا وُجـدت هذه القرائن وحصل التعريف منهما لما بأيديهما ثم قال البائع: شـريت هذا المتاع بكذا، لم يقع الشـكّ فى المراد من

۱- ۱) سوره البقره: ۹۰

لفظ البيع، ولا تؤثّر قلّه استعماله فی هذا المعنی، وتحقّق التعیّن.

وأمّا الاحتیاج إلی القرینه، فقد تقدّم أنّ ذلک غیر مضرّ.

نعم، لو کانت الصّراحه فی ألفاظ البیع شرطاً لصحّته، لکان لما ذکر وجه، ولکنّا قدّمنا أنّ المناط هو حجیّه اللّفظ، سواء کان صریحاً أو ظاهراً بقرینهٍ معیّنه.

وأمّا القول بعدم ورود لفظ الشراء بمعنی البیع فی الأخبار وکلمات الفقهاء، فغریب، بعد ورود هذا اللّفظ للمعنی المذکور فی اللغه وتصریح اللغویین بذلک.

وتلخص: لو أنّ أحداً قال فی مقام إیجاب البیع: شریت هذا بکذا، ترتّب علیه الأثر، لأنّ الاستعمال حقیقی، وعلی فرض العدم، فالظهور الحالی والمقامی الحاصل من القرائن – کما ذکرنا – کاف.

منها: لفظ «ملّکت»

قال الشیخ:

ومنها: لفظ «ملّکت» بالتشدید، والأکثر علی وقوع البیع به، بل ظاهر نکت الإرشاد الاتفاق علیه... .

أقول:

کأنه لا خلاف بینهم فی تحقّق البیع بلفظ ملّکت، حتی من القائلین باعتبار الصّراحه فی اللّفظ وضروره کون الإیجاب فی کلّ معاملهٍ بعنوانها.

وأمّا بناءً علی عدم اعتبارها – کما هو المختار – فلا مجال للإشکال فی کفایه قوله: ملّکت هذا المتاع بکذا.

ثم قال الشيخ:

ويدلّ عليه ما سبق فى تعريف البيع: من أنّ التمليك بالعوض المنحلّ إلى مبادله العين بالمال هو المراد للبيع عرفاً ولغه.

والظاهر أنه مسامحه فى التعبير، لأنّ معنى الترادف أنْ يكون الموضوع له لفظ «البيع» هو «التمليك بعوض» أى مركّباً، والحال أنّ معناه وحدانى بسيط، والبرهان عليه أنه لولم يكن كذلك يلزم أن يكون قوله: «بعت المتاع بثمن» مجازاً، لكون البيع مستعملاً فى بعض الموضوع له، وهذا ممّا لا يلتزم به أحد.

ولا يتوهّم: إن «بعت» موضوع للمعنى التركيبى، أعنى «التمليك بعوض» على إطلاقه بنحو الإبهام، وأنّ قوله بعد ذلك: المتاع بدراهم – مثلاً – تكرار لرفع الإبهام.

لأنّه فاسدٌ، لأنّ تكرار المبهم والمجمل من أجل البيان، يفتقر إلى كلمه «أى» التفسيريّه وما يفيد مفادها مثل كلمه «أعنى».

فالحقيقه هى: إن «البيع» موضوع لتمليك خاصٍّ، بنحو أنّ التقيّد جزء والقيد خارجى، أى: إنّه التمليك بقيد تعلّقه بعوض، على أنْ يكون القيد خارجاً عن المفهوم الموضوع له والتقيّد به داخلاً فيه.

ثم ذكر الشيخ:

ما قيل: من أن التمليك يستعمل فى الهبه بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها.

فيه... .

فأجاب: بأنَّ هذا التبادر حاصل من الإطلاق والتجرّد لا من حاقّ اللّفظ... .

ص:۶۱

فكأنّ المايز بين الهبه والبيع هو النفى والإثبات، فإنْ ذكر العوض كان بيعاً وإلّا فهو هبه، فيكون مجرّد عدم ذكره - مع كونه فى مقام البيان - قرينةً على إراده الهبه، فلا يتبادر الهبه من لفظ الملكيه والتمليک، حتى يقال بأنّ استعمال هذا اللّفظ فى البيع مجاز.

ثم قال:

إنّ تعريف البيع بذلک تعريف بمفهومه الحقيقى، فلو أراد منه الهبه المعوّضه أو قصد المصالحه بنيت صحّه العقد على صحّه عقد بلفظ غيره مع النيّه.

أقول:

إنّ هذا الكلام ناظر إلى قول السيد بحر العلوم: «يشكل الإيجاب بصيغه ملكت... ولا يجدى ذكر العين والعوض، لأن تمليكها به قد يكون بالهبه والصلح، إلّاإذا قيّده البائع به».

وقول صاحب الجواهر تبعاً له: ودعوى كونها حقيقةً فى التمليک مجّاناً، واضحه المنع. نعم، قد يشكل ذلک باحتمال غير البيع وإنْ كان نصّاً فى الإيجاب، ولا يجدى ذكر العين والعوض لأن تمليكها به قد يكون بالهبه والصلح فلا يتعيّن بيعاً. لكنْ قد يدفعه التزام تقييده بالبيع فلا إشكال حينئذٍ، ولعلّه بذلک يرتفع النزاع...» (1).

فالشيخ يقول بالتعيّن.

فأشكل عليه السيّد:

«أقول: لا فرق بين الهبه المجانيّه والمعوّضه فى كونهما من التمليک

ص:62

1- 1) جواهر الكلام 22 / 246

حقیقهً، وإنما الفرق ذکر العوض وعدمه، فدعوی أنّ استعماله فی خصوص الهبه المعوّضه مبنیّ علی صحّه عقد بلفظ غیره. نعم، فی المصالحه یمکن أن یقال بالابتناء المذکور، لعدم دلاله لفظ ملّکت علی معنی المسالمه المعتبره فی حقیقه الصّلح. فتدبر» (1).

وحاصله: الإشکال علی ما ذکره الشیخ فی الهبه، لأنه إنْ قال کذلک فی الهبه - مطلقاً - لم یکن بلفظ غیره، لأنّ الهبه تملیک، أمّا فی الصّلح فهو موافق للشیخ، لأن الصلح هو المسالمه، فلو صالح بلفظ التملیک کان بلفظ غیره.

وهذا الإشکال وإنْ کان متوجّهاً لظاهر عباره الشیخ، إلّاأنه غفله عن أنه ناظر إلی کلام صاحب الجواهر کما ذکرنا، ولو راجع السیّد الجواهر عند کتابته الحاشیه هنا لما کتبها.

ثم إنّ قول السیّد: بأنّ: «ملّکتک المتاع» وإراده الهبه استعمالٌ حقیقی.

فیه: أنا لو قطعنا النظر عن کون «الباء» للمقابله دخلت علی شیء مجعولٍ بدلاً، کان الحق معه. وبعباره أخری: إنه إنْ قال: «ملّکت بعوض» وأراد التملیک مع جعل العوض، سواء کان العوض بدلاً عن المعوَّض أو عن التملیک، ففی هذه الحاله یصحّ ما ذکره، لکنّ هذه الجمله ظاهره فی أنّ العوض بدلٌ عن المبدل لا أنه عوض عن التملیک، أمّا الهبه المعوّضه فهی عوض یملَّک لا أنّه یبدل، ومع هذا الظهور، لا مجال لإشکال السیّد رحمه اللّه.

1- 1) حاشیه المکاسب 1 / 422

الکلام فی لفظ «اشتریت»

قال الشّیخ:

وأمّا الإیجاب ب«اشتریت» ففی مفتاح الکرامه أنه قد یقال بصحّته... لکنّ الإشکال المتقدم فی «شریت» أولی بالجریان هنا... ودفع الإشکال فی تعیین المراد منه بقرینه تقدیمه... غیر صحیح... .

أقول:

الظّاهر ورود هذه الصیغه فی مقام الایجاب، کما فی مجمع البحرین من أنه: یقال: البیع الشراء والشراء البیع (۱)، وهو منقول عن شرح القاموس (۲)، وقد قیل فی قوله تعالی «بِئْسَمَا اشْتَرَوْا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» (۳): أی: باعوا أنفسهم (۴)، لأن نفس الإنسان بیده لا بید الغیر حتی تشتری.

ولکنّ الشیخ أشکل بأنّ استعمال اشتریت فی موضع بعت نادر بل انّه غیر معهود، ولو قیل بأنّ تقدیم اشتریت علی قبلت قرینه علی إراده البیع، فهی قرینه حالیه، وقد تقدّم اشتراط کونها لفظیّه. إلّاأنْ یقال بکفایه استفاده المراد ولو بقرینه غیر لفظیّه... وهو مشکل.

أقول:

قد ظهر ممّا تقدّم: أنّ المناط فی المعامله صراحه اللّفظ أو ظهوره ولو

۱- ۱) مجمع البحرین ۴ / ۳۰۳ «بیع»

۲- ۲) تاج العروس ۵ / ۳۸۴ «بیع»

۳- ۳) سوره البقره: ۹۰

۴- ۴) مجمع البحرین ۱ / ۲۴۴

بمعونه القرينه، حاليّهً أو لفظيّه، وعليه، فلا إشكال فی المقام.

وقد أشكل بعض الأكابر (۱): بأنّ الاشتراء من باب الافتعال، وهی هیئه موضوعه لمطاوعه فعل الغیر، فلا وجه لاستعمال اشتریت فی موضع بعت، لأنه بمعنی طاوعت فعل الغیر، فهو متمحّض فی القبول.

لکنّ المتراءی من الاستعمالات هو: أن هیئه «افتعل» لیست للمطاوعه، بل هی موضوعه لاتخاذ المبدء، إمّا أنْ یتّصف به مثل اختفی واحتبس، وإمّا أن یصدر منه مثل اکتسب، وإمّا أن یصدر من الغیر مثل ابتاع واتّهب.

وأیضاً، فقد تقدّم مجیئ «شری» بمعنی «باع»، وقد استعمل کذلک فی الکتاب فی قوله تعالی: «وَ شَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ» بل هو بهذا المعنی فی کلّ موارده علی ما أفاده السیّد بحر العلوم، فلم لا یکون «اشتری» بمعنی «باع» کذلک؟

إلّا أنه یمکن الإشکال من جههٍ اخری، وذلک:

إن من وظائف العقلاء حفظ النظام الإنسانی وصیانه المجتمع من النزاع والتخاصم، والشارع أیضاً یأمر بذلک ویؤکّد علیه، فعلی هذا، فإنّ ما کان من الألفاظ بعیداً عن الاستعمالات المعهوده والانتقالات الذهنیّه المتعارفه، بحیث تکون منشأً للتشاجر والتنازع بین النّاس، لا یکون مورداً للاعتبار العقلائی والشرعی، وکون «اشتریت» بمعنی «بعت» من هذا القبیل غیر بعید.

وعلی هذا، ففی الایجاب بلفظ «اشتریت» إشکال، وقوله تعالی: «بِئْسَمَا

ص:۶۵

۱- ۱) المحقق الإصفهانی فی حاشیه المکاسب ۱ / ۲۷۲

اِشْتَرَوْا ...» يحتمل قويّاً أن يكون بمعنى اشترى كلّ منهم نفس الآخر(١)، لا بمعنى باعوا أنفسهم... واللّه العالم.

هذا تمام الكلام فى ألفاظ الإيجاب.

القبول بلفظ «قبلت» ونحوه

قال الشيخ:

وأمّا القبول، فلا ينبغى الإشكال فى وقوعه بلفظ «قبلت» و«رضيت» و«اشتريت» و«ابتعت» و«تملّكت» و«ملكت» مخفّفاً».

أقول:

وحكى عن صاحب المسالك وغيره: أن الأصل فى القبول هو «قبلت» والصيغ الاخرى بدل عنه.

قلت: وعلى فرضه، فلا إشكال فی تحقق القبول بها.

إنما الكلام فی مثل: «أمضيت» ونحوه، قال الشيخ:

الكلام فی القبول بلفظ «أمضيت» ونحوه

ثم إنّ فی انعقاد القبول بلفظ «الإمضاء» و«الإجازه» و«الإنفاذ» وشبهها وجهين.

وظاهره الإشكال.

فقال السيد:

«الظّاهر أن وجه الاشكال استعمال هذه الألفاظ غالباً فی مقام إمضاء العقد الواقع مع إيجابه وقبوله كما فی إجازه الفضولی... ولكنّ الحق كفايتها فی القبول بعد مساعده معناها عليه، إذ لا فرق بينها وبين لفظ رضيت كما لا يخفى» (۱).

وأشكل شيخنا الاستاذ بوجهين، الأوّل:

إن «أمضيت» ونحوه ألفاظ تفيد ترتّب الأثر، وترتّب الأثر متأخّر رتبةً عن المقتضی والسبب، ولولا المقتضی فلا أثر ولا ترتّب للأثر. هذا من جههٍ.

ومن جههٍ اخرى: «المضی» و«الامضاء» مثل «الوجود» و«الايجاد» واحد حقيقةً واثنان اعتباراً.

وعليه، فإذا كان المضیّ فی الرتبه المتأخره فالإمضاء كذلک، فلا يكون الإمضاء فی مرتبه المقتضی، حتى يكون حكم «أمضيت» حكم «رضيت»

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۴۲۳

حقيقهً، كما ذكر السيّد.

نعم، يمكن أن يكون كنـايهً، لأنّ «المضـى» من لوازم تمـاميّه المقتضـى، وتمـاميته ب«قبلت»، فله أنْ يقول «أمضـيت» كنـايه عن «قبلت» من باب ذكر اللّازم وإراده الملزوم.

والثانى: إن المفروض كون «أمضـيت» ونحوه إنشاءً لجزء السّـبب، ولكنّها امور منتزعه من مقام المسبَّب، فكيف يعقل أن ينشأ بها السبب؟

وتحصّـل: استحاله أن يكـون «أمضـيت» بمنزله «قبلت» و«رضـيت» على وجه الحقيقهً، نعم، لا مـانع من ذلـك على وجه الكنـايه (1)(1).

ص:68

1- 1) حاشيه المكاسب 1 / 273

فرعٌ

حكم ما لو أوقعا العقد بلفظ مشترک ثم اختلفا

قال الشّيخ:

لو أوقعا العقد بالألفاظ المشترکه بين الإيجاب والقبول، ثم اختلفا فی تعيين الموجب والقابل، إمّا بناءً على جواز تقديم القبول وإمّا من جهه اختلافهما فی المتقدّم، فلا يبعد الحکم بالتحالف، ثم عدم ترتّب الآثار المختصّه بکلٍّ من البيع والاشتراء على واحدٍ منهما.

أقول:

لو تلفّظ کلاهما بلفظ مشترک ولا مايز - کأنْ يکون ما بيد أحدهما نقداً فيفهم أنه المشترى - فقالا: «شريت» مثلًا، فادّعى کلّ منهما أنّه البائع مثلًا، أو ادّعى کلّ منهما أنه المتقدّم ولا بيّنه له على دعواه بناءً على وجوب تقدّم الايجاب على القبول، أمّا بناءً على جوازه، فيقع النزاع ولا أثر للبيّنه، لأنّه تابع للقصد ولا يعلم إلّامن قبله، فما هو الحکم الرّافع للنزاع؟

بل يقع النّزاع مع وقوع الألفاظ المختصّه أيضاً، فيقول أحدهما «بعت» والآخر «قبلت»، ثم يدّعى کلٌّ منهما أنه القائل «بعت».

قال الشيخ: لا يبعد الحکم بالتحالف.

وأقول:

إنْ کان ميزان الترافع أنْ يدّعى کلٌّ شيئاً لنفسه فينکر دعوى الآخر بالملازمه، فالمورد مصداقٌ له، وحکم التداعى هو التحالف وإذا حلفا

تساقطا. وأمّا إن كان الميزان هو الأثر - لا مجرّد الدعويين الثبوتيين الدّالّين بالملازمه على الإنكار - كما هو المختار فى محلّه على ما ببالى، فلا يكون الحكم الكلّى هو التحالف.

وعلى الجمله، فإنه ليس الحكم فى جميع الموارد هو التحالف كما ذكر الشيخ قدس سرّه، وتوضيحه:

لو كان بيد أحدهما متاع وبيد الآخر حيوان، فإنْ قلنا بثبوت خيار الحيوان لكليهما - كما عليه السيد المرتضى (1) - لا لصاحبه فقط، فهما بالخيار، والنزاع مرتفع، وإنْ قلنا بثبوته لأحدهما الذى بيده الحيوان، فله الأخذ بالخيار ويرتفع النزاع، وإنْ قلنا بثبوته للمشترى دون البائع، كان المشترى مدّعياً للخيار والبائع منكراً له، فلا تداعى.

إذنْ، لا تداعى فيما لو كان أحد العوضين حيواناً.

نعم، لو كان العوضان كلاهما حيواناً، وقلنا بثبوت الخيار للمشترى فقط، وقع التداعى، إذ يدّعى كلٌّ منهما أنه المشترى.

وأيضاً: إذا تبايعا وتلف مال أحدهما قبل القبض وتنازعا فقال أحدهما:

أنا المشترى، ولمّا تلف الثمن منّى فأنا ضامن ببدله، وقال الآخر: أنت البائع، فالمعامله باطله، لأن كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال البائع، ابتنيت المسأله على ما إذا كان القبض شرطاً ضمنيّاً للزوم المعامله، فإذا تعذّر تحقّق الخيار لمن لم يقبض، فلا تنازع أصلاً، أوْلا بل يبطل العقد ويكون المرجع هو القاعده المتّخذه من الروايه كما فى المستدرك: «كلّ مبيع تلف قبل قبضه

١- ١) أنظر: جواهر الكلام ٢٣ / ٢٤

فهو من مال بايعه» (۱) - وهى وإنْ كانت ضعيفةً سنداً، لكنّ المشهور عملوا بها، وقد قرّرنا فى الاصول أنّ عمل قدماء الأصحاب بخبرٍ ضعيفٍ إنْ أفاد الوثوق بصدوره ولو مضموناً لا لفظاً، يوجب له الاعتبار والحجيّه، وعليه، فلو قال من تلف ماله للآخر: أنا المشترى والتالف هو الثمن، فالمعامله باقيه وعلىّ دفع البدل وأنّ الذى بيدك ملك لى، فقال: لا، بل أنا المشترى، والذى تلف هو المبيع ومقتضى التعبد بالخبر بطلان المعامله، كان أحدهما مدّعياً للانفساخ والآخر منكراً له.

نعم، هناك نزاعٌ آخر والأمر بالعكس، وهو فى الضّمان بالبدل - مثلاً أو قيمةً - فالذى تلف ماله قبل القبض يدّعى الضمان والآخر منكر، إلّاأنّ هذا النزاع متأخر رتبةً عن ذاك، فإذا فَصَل الحاكم بينهما بحسب الموازين ارتفع النزاع الثانى.

وكيف كان، فالمورد من قبيل المدّعى والمنكر لا من التّداعى.

ص:۷۱

۱- ۱) مستدرك الوسائل ۱۳ / ۳۰۳، الباب ۹ من أبواب الخيار، الرّقم: ۱

مسأله اعتبار العربيّه

اشاره

قال الشّيخ:

المحكى عن جماعه... اعتبار العربيّه... .

أقول:

ذكر وجوهاً:

أحدها: «التأسى» حكاه عن جامع المقاصد، لكنْ لا يوجد فى كلامه عنوان التأسى، فهو يقول:

«ومعلوم أن العقود الواقعه فى زمن النبى والأئمه عليهم السلام إنما كانت بالعربيه» (1).

والثانى: «الأولويه» من جهه اعتبار الماضويّه فى الصحّه، فإنه يستلزم عدم صحّته بغير العربى بالأولويّه.

والثالث: «منع صدق العقد على غير العربى مع التمكّن من العربى».

والرابع: إنه «المتيقّن من أسباب النقل».

النظر فى أدلّه اعتبار العربيه

فنقول:

إنه لولم تكن عنـدنا عمومات، فلا مناص من لحاظ كلّ ما يحتمل دخله فى صـحّه العقـد، فلو وقع العقـد فاقداً لشـىء من ذلك، كان استصحاب عدم

١- ١) جامع المقاصد فى شرح القواعد ۴ / ۶٠

صحه العقد وعدم تحقق النقل والانتقال هو المحكّم. وأمّا مع وجود العمومات، فكلّ ما صدق عليه عنوان «العقد» أو «البيع» يكون صحيحاً، وإنْ كان فاقداً لما يحتمل دخله فيها، ويترتّب عليه الآثار.

وأمّا التأسى، فلا يخفى ما فى الاستدلال به، فإنّ العقود وإنْ كانت فى زمنهم بالعربيّه إلّاأنه لم يرد عنهم الأمر بذلك. نعم، لو أنّ الامام عليه السلام أجرى العقد باللّفظ العربى مع الشخص الفارسى الجاهل بالعربيّه، أمكن الاستدلال به من باب التأسى، لأن المعصوم كان قادراً على إجراء الصّيغه بالفارسيّه ولم يفعل، ولكنْ لا دليل على وقوع مثل ذلك.

بل يمكن دعوى القطع بعدم اشتراط العربيّه، إذْ مع شدّه الحاجه وكثره الابتلاء بذلك، لم يرد عنهم عليهم السلام به أمر، كما ورد فى الصّلاه أنْ «صلّوا كما رأيتمونى اصلّى» (۱) بل كان اللّازم أنْ يأمروا بتعلّم الصّيغه بالعربى، كما أمروا بتعلّم القراءه فى الصلاه مثلاً... ولا يوجد دليل على شيء من ذلك أصلاً.

وأمّا دعوى الأولويّه، فغريبه جدّاً، فإنّ العربيّه مرتبطه بعالم اللّفظ، والماضويّه متعلّقه بعالم المعنى، فلو أجرى الصيغه بأيّه لغهٍ اعتبر أن تكون بالماضى، فكيف يدّعى الأولويّه والحال هذه؟

وأمّا منع صدق العقد غير العربى مع التمكّن من العربى، فغريب جدّاً كذلك، فإنّ صدق الكلّى على مصاديقه أمر واقعى يدور أمره بين الوجود والعدم، ولا يناط بالقدره وعدمها، نعم، لو أنه قال: لا يجوز العقد بغير العربى مع التمكّن من العربى، كان التعبير صحيحاً.

۱- ۱) مفتاح الكرامه ۶ / ۵۵۶

وعلی الجمله، فإنّ مقتضی العمومات والإطلاقات صحّه العقد بأیّ لسانٍ یصدق فیه عنوان العقد.

نعم، الظاهر عـدم صـحه النکاح والطلاق بغیر العربی مع التمکن منه، للإجماع. قال الشـیخ - فی النکاح - : «إنْ عقـدا بالفارسـیه، فإنْ کان مع القـدره علی العربیه، فلا ینعقـد بلا خلاف، وإنْ کان مع العجز فعلی وجهین، أحدهما: یصح وهو الأقوی، والثانی: لا یصح» (۱).

وفی التذکره (۲): لا ـ ینعقـد النکاح إلّابلفظ العربیه مع القـدره، فلو تلفّظ بالفارسـیه... عنـد علمائنا.. وأما إذا لم یحسن العربیه فإنْ أمکنه التعلّم وجب... .

والحاصـل: إنّ المناط صـدق عنوان «البیع» و«العقـد» و«التجاره»، فإذا تمّ انطبقت الکبریات الوارده فی الکتاب والسـنه، من «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» وغیرها، وتبقی دعوی انصرافها إلی العربی، إذ المخاطب بها هم العرب، فکان المنصرف إلی أذهانهم أنْ تکون العقود بالعربیه. قال فی الجواهر:

«وأمّـا اعتبـار العربیّه للقـادر علیها ولو بالتعلّم بلا مشـقه ولا فوت غرض، فهو مقتضـی الأصل، ضـروره عـدم الـدلیل علی الاکتفاء بغیرها بعـد انصـراف الآیه وغیرها إلی العقد بالألفاظ العربیه، کغیر المقام ممّا علّق الشارع الحکم فیه علی الألفاظ المنصـرفه إلی العربیّه، خصوصاً بعد أنْ کان المخاطب والمخاطب عربیّاً وقد ارسل بلسان قومه...» (۳).

۱- ۱) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۴ / ۱۹۴

۲- ۲) تذکره الفقهاء ۲ / ۵۸۲

۳- ۳) جواهر الکلام ۲۲ / ۲۵۰

لكنها منـدفعه، لأنَّ منشأ هـذا الانصـراف هو الغَلَبه فى الوجود، إذ لا ريب فى أنّ الغالب على العقود الجاريه فى تلك الأزمنه هو العربيّه، وقد تقرّر فى الاصول أنّ مثل ذلك لا يوجب رفع اليد عن مقتضى العمومات والإطلاقات.

على أنه قد تقدَّم فى عباره الشّيخ (۱) اختيار صـحه عقـد النكاح بغير العربى مع العجز عنه، مع أهميّه النكاح كما هو معلوم، وفى عباره العلّامه:

«... وإلّا عقـد بغير العربى» (۲) بـل صـاحب الجواهر نفسه (۳) يقول: «الظـاهر الاـجتزاء بهـا للعـاجز عنها حتى بالتعلّم بلا مشـقّه، لفحوى الاكتفاء بإشاره الأخرس، مؤيّداً ذلك بعدم العثور فيه على خلاف بين الأصحاب، بل فى كشف اللثام...».

فهم يقولون فى النكـاح بجواز عقـده بغير العربى عنـد العجز منه وإنْ أمكنه التوكيـل، ومعقـد الإجمـاع على عـدم الصـحّه فيه هو صوره التمكن.

على أنّ القول باشتراط العربيّه مطلقاً، يستلزم الفساد الكثير وشيوع الفحشاء والمنكر.

وبالجمله، فإنّ عقد البيع بغير العربى جائز وفاقاً للشيخ، للعمومات والإطلاقات.

۱- ۱) المبسوط ۴ / ۱۹۳

۲- ۲) تذكره الفقهاء ۲ / ۵۸۲

۳- ۳) جواهر الكلام ۲۲ / ۲۵۰

هل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّه والهيئه؟

قال الشيخ:

وهل يعتبر عدم اللّحن من حيث المادّه والهيئه بناءً على اشتراط العربى؟ الأقوى ذلك، بناءً على أنّ دليل اعتبار العربيه هو لزوم الاقتصار على المتيقّن من أسباب النقل. وكذا اللّحن فى الإعراب.

أقول:

تاره: يقصد من اعتبار العربيّه أنْ لا يكون العقد بلغه اخرى غيرها، واخرى: يقصد من ذلك الصحّه بحسب لغه العرب وقواعدها.

الظاهر اعتبار عدم اللّحن الموجب لإهمال اللّفظ وخروجه عن الألفاظ العربيه المستعمله، بحيث لا يصدق عليه عنوان «العقد» و«البيع» و«التجاره» وغير ذلك، إذْ فى هذه الصوره لا تنطبق عليه العمومات والإطلاقات.

وبعباره اخرى: إنه فى العقد اللّفظى يعتبر أنْ يكون اللّفظ الموضوع للمعنى المقصود ظاهراً فيه ولو بمعونه القرائن، ولو كان ملحوناً فى مادّته أو هيئته أو إعرابه، لأنا ذكرنا مراراً أن المناط هو الصدق العرفى وتحقّق الصغرى للعمومات والإطلاقات.

وتلخص: أنه لا يعتبر الفصاحه ولا الصحّه، بل المعتبر هو الظهور وإفاده المعنى بحيث يكون صغرى للكبريات.

هل يعتبر عربيّه جميع أجزاء الإيجاب والقبول؟

قال الشيخ:

ثـم هـل المعتـبر عربيّـه جميع أجزاء الإيجـاب والقبـول كـالثمن والمثمـن، أم تكفى عربيّـه الصّـيغه الـدالّه على إنشـاء الإيجـاب والقبول...؟ والأقوى هو الأوّل، لأن غير العربى كالمعدوم... .

أقول:

إنما يشبّه بالمعدوم ما يكون لغواً محضاً ولا يفيد معنىً أصـلًا، أمّا مع اختياره عدم اعتبار العربيّه، فأىّ ضـير فى انضمام اللّفظ غير العربى إلى العربى، وتركّب الكلام من لغتين؟

لقد كان هذا الكلام منه بعيداً جدّاً.

قال:

نعم، لولم يعتبر ذكر متعلّقـات الإيجـاب كمـا لاـ يجب فى القبول، واكتفى بانفهامهـا ولو من غير اللّفظ، صـحّ الوجه الثانى، لكنّ الشهيد... نصّ على وجوب ذكر العوضين فى الايجاب.

أقول:

إنه يمكن القول - فيمـا إذا تقاولاـ من قبـل وتعيَّن الثمن والمثمن - بكفـايه قول الموجب «بعت» والمشـترى «قبلت»، بلاـ ضـروره لـذكر الثمن والمثمن والمتعلّقات فى الايجاب والقبول، وعلى فرض الموافقه للشـهيد فيـذكران، أمّا اعتبار العربيّه فى ذلك، فبأى دليل؟ وإلحاقه بالمعدوم بأىّ وجهٍ؟

هل يعتبر كون المتكلّم عالماً تفصيلاً بمعنى اللّفظ؟

قال الشيخ:

هـل يعتبر كون المتكلّم عالمـاً تفصـيلاً بمعنى اللّفـظ...؟ الظاهر هو الأوّل، لأنّ عربيّه الكلام ليست باقتضاء نفس اللّفظ بل بقصـد المتكلّم منه المعنى الذى وضع له عند العرب... .

أقول:

تاره: هو لا يـدرى معنى «بعت» من حيث المادّه، واخرى: لا يـدرى معنى هيئه «بعت». وعلى كلّ تقـدير، تاره يقول: «أبيع» قاصداً معنى البيع، واخرى يقول: «بعت» بماله من المعنى، وثالثه يقول: «بعت» قاصداً للبيع، مع جهله بالفرق بينه وبين «أبيع».

فإنْ كان جاهلاً بمعنى «بعت» من حيث المادّه أو الهيئه، غير أنه يقصد ماله من المعنى فى الواقع، فهذا باطل، لا لما ذكره الشـيخ، بـل لأنـه إذا جهل المعنى الواقعى وَقَصَـد المعنى الإجمالىّ، لم يتحقق إنشاء البيع، إذ البيع عباره عن تمليكٍ خاصٍّ، وقصـد الفرد بقصـد الكلّى الطبيعى الجامع بينه وبين غيره غير معقول، وإنما الجامع بلا خصوصـيهٍ عـدم محضٌ، وحينئذٍ، فإنه لم يتكلّم بشـىء، ولم يتحقق منه إنشاء أصلاً، لا أنّه لم يتكلّم بالعربيه كما ذكر الشيخ.

ولو قال «أبيع» قاصداً معنى البيع، لم يتكلّم بالعربيه كما قال الشّيخ، إذ ليس معناه ذلك، فهو باطل.

ولو قال «بعت» جاهلاً بمعناه مادهً وهيئه إلّاأنه قصد البيع به، فقد تكلّم بالعربيّه وقصد المعنى الموضوع له اللّفظ وهو البيع، فجميع جهات الصحّه

ص:٧٨

موجوده، وقول الشيخ ببطلان هـذه الصّوره فی غیر محلّه، إذ لا دخل لعلمه بکون «البیع» هو المعنی الموضوع له لفظ «بعت»، فی صحه العقـد، ولـذا لاـ یضرّ جهله بـذلک ولاـ یخرج الکلام عن العربیّه. وبعباره اخری: لیس من شـرط مصـداقیّه اللّفظ العربی - المستعمل فی معناه الموضوع له - للعربیه، أنْ یکون المتکلّم عالمـاً بکون ذلـک المعنی هو الموضوع له اللفـظ الـذی تکلّم به، نظیر ما إذا أکرم زیداً العالم جاهلًا بکونه عالماً، فإنّه یصدق علیه عنوان إکرام العالم حقیقهً.

فظهر أن الصـحیح هو البطلان فی الصّوره الاولی، لکنْ لا للعلّه التی ذکرها الشـیخ، والبطلان فی الثانیه، للعلّه المذکوره، والصحّه فی الثالثه خلافاً له.

بل یمکن القول بالصـحّه فی الثانیه أیضاً، لأن المناط فی المعاملات أن ینتقل الطرف إلی المعنی المقصود للمتعامل، وذلک عن طریق التلازم الموجود، فإذا کان المخاطب عالماً بالوضع والملازمه المـذکوره، فإنه بمجرّد سماعه للّفظ ینتقل منه إلی المعنی، لأن العلم بأحد المتلازمین علم بملازمه، وکـذا لولم یکن هنـاک وضعٌ وعلم بـالمعنی الموضوع له، بـل استعمل اللّفظ مجازاً وکانت دلالته علی المقصود بـالقرائن، لوحـده الملاک، وهو أن العلم بأحد المتلازمین علم بملازمه، فإنّه یحصل الانتقال إلی المعنی کذلک إذا کان السّامع عالماً بالقرائن الملازمه للمقصود.

وعلیه، فلو قـال «أبیع» ونصب القرینه - لفظیّهً أو حـالیهً أو مقـامیهً - علی إرادته معنی البیع، - وکـان السّـامع عالمـاً بالملازمه کما تقدّم - کان العقد صحیحاً وترتب علیه الأثر، وإنْ کان لم یتکلّم بالعربیّه.

مسأله اعتبار الماضويّه

اشاره

قال الشيخ:

المشهور - كما عن غير واحد - اشتراط الماضويّه، بل فى التذكره: الإجماع على عدم وقوعه بلفظ أبيعك، أو اشتر منّى. ولعلّه لصراحته فى الإنشاء... .

أقول:

اعترض (۱) على قوله «لصراحته فى الإنشاء» بأنّه لا فرق بين الماضى والمستقبل فى حيثيّه الإنشاء، لأن الإخبار والإنشاء من وجوه الاستعمال وكيفياته، لا أنهما من مداليل اللّفظ، فالقول بأن الفعل الماضى صريح فى الإنشاء، موهم لأن يكون الإنشاء مدلولاً له وأن المضارع ليس كذلك، والحال أنّ الإنشاء لا علاقه له بعالم المعنى الموضوع له اللّفظ.

وهذا الاعتراض بظاهره وجيه، ولكنْ يمكن تقريب كلام الشيخ بحيث لا يرد عليه ذلك، بأنْ يقال:

قد قرّرنا فى الاصول أنّ الفعل دائماً مُركّب من المادّه والهيئه، المادّه معنىً اسمى يدلّ على نفس الحدث، وأمّا الهيئه - وقوام الفعل بها - فتدلّ على النسبه، والزمان خارج عن مفهوم الفعل ومدلوله، أمّا المادّه، فعدم دلالتها على الزمان واضح، وأمّا الهيئه فمعناها نسبى والزمان معنىً اسمى، فلا يعقل كونه مدلولاً للهيئه. وما يقال من أن «فَعَل» يدلّ على الماضى و«يفعل» يدلّ على الحال والاستقبال، فالمراد منه الدلاله الالتزاميّه، لا أن الزمان داخل فى

۱- ۱) حاشيه المحقق الإصفهانى ۱ / ۲۷۶

مفهوم الفعل وحاقّ معناه.

ثم إنّ الفعل الماضى تدلُّ هيئته على نسبه المبدء المتحقق الموجود فى الخارج إلى فاعله، والمضارع يدلّ على نسبه تلبس الفاعل بالمبدء، ولذا إن وقع الماضى فى حيّز الإخبار، حكى عن المادّه المنتسبه إلى الفاعل نسبه التحقّق والوجود، ودلّ بالملازمه على المضىّ بالنسبه إلى حال التكلّم، وإنْ وقع المضارع فى حيّز الإخبار، حكى عن تلبّس الفاعل بالمبدء إمّا الآن وإمّا فيما بعد، ولذا اشتهر كون المضارع مشتركاً بين الحال والإستقبال.

وأمّا الإنشاء، فإن أنشأ المادّه المنتسبه بالنسبه التحقّقيه أى الفعل الماضى، فلا زمان لعدم الحكايه، ولذا يكون الماضى صريحاً فى الدلاله، وإنْ أنشأ المادّه المنتسبه إلى الفاعل بالنسبه التلبسيّه وهو الفعل المضارع، ناسب الحال والإستقبال، ولتردّده بين الزمانين فلا يكون الإيجادُ بالفعل، فلذا ليس للمضارع صراحه.

هذا كلّه على مبنى المشهور.

وأمّا على مبنى الميرزا الاستاذ، فهيئه «يفعل» موضوعه للنسبه التلبسيّه، وهى ظاهره فى الفعليّه، فلو اريد منه الاستقبال فلابدّ من الإتيان بالسين أو سوف أو كلمه الغد مثلًا، فالمضارع ليس مشتركاً، ولذا أفاد فى البحث بأنه إذا أنشأ الماضى فقد أنشأ النسبه التحققيّه فهو يفيد التحقق بالمطابقه، وإذا أنشأ المضارع فإنّ حيثيه التلبس ملازمه للتحقّق وليست نفس التحقّق، فالدلاله التزاميه، فالإنشاء بالماضى يكون صراحةً وبالمضارع يكون بالكنايه، وحيث أنه لا يرى إنشاء العقد بالكنايه، فهو لا يجوّزه بالفعل المضارع.

وبما ذكرنا ظهر مراد الميرزا الاستاذ، وكذا مراد شيخنا الاستاذ وإنْ كان

ظاهر عبارته مخدوشاً(۱).

ص:۸۲

دليل القول بعدم الاعتبار

قال الشيخ:

وعن القاضى فى الكامل والمهذب: عدم اعتبارها، ولعلّه لإطلاق البيع والتجاره وعموم العقود، وما دلّ فى بيع الآبق واللبن فى الضّرع من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دلّ عليه فى النكاح. ولا يخلو هذا من قوهٍ... .

أقول:

استدلّ للقول بعدم اعتبار الماضويّه بوجوه:

١ – إطلاق البيع، وهو قوله تعالى: «أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» (١) والتجاره، وهو قوله تعالى: «إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ» (٢) وعموم العقود، وهو قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (٣)

وكأنّ الأصل فى ذلك كلّه هو وقوع العقود بصيغه الفعل الماضى، وقلّه وقوعها بغيره، فلمّا رأوا ذلك علّلوه بوجود الصّراحه فيه دون غيره، فاعتبروا الماضويّه بل ادّعى عليه العلّامه الإجماع.

لكنّ الشبهه فى كلٍّ من المضارع والأمر – بعد التسليم – تندفع بقيام القرينه، فتكون الصّيغه حينئذٍ ظاهرةً فى إراده الإيجاب، وقد تقدّم كفايه ذلك كما تقدّم صحّته بالكنايه. هذا بقطع النظر عن العمومات والنصوص الخاصّه. وبما ذكرنا ظهر أنّ الإجماع المذكور ليس الإجماع الحجّه الكاشف عن رأى المعصوم أو الدليل المعتبر.

١– ١) سوره البقره: ٢٧۵

٢– ٢) سوره النساء: ٢٩

٣– ٣) سوره المائده: ١

۲ – ما دلّ فی بیع الآبق واللّبن فی الضرع، وهو نصوص، نذکر بعضها تیمّناً:

عن رفاعه، قال: «سألت أبا الحسن موسی علیه السلام، قلت له: «أیصلح لی أنْ أشتری من القوم الجاریه الآبقه وأعطیهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا یصلح شراؤها إلّاأن تشتری منهم معها شیئاً، ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم:

أشتری منکم جاریتکم فلانه وهذا المتاع بکذا وکذا درهماً، فإن ذلک جائز» (۱).

وعن سماعه عن أبی عبداللّه علیه السلام: «فی الرجل یشتری العبد وهو آبق عن أهله – قال: لا یصلح إلّاأن یشتری معه شیئاً آخر ویقول: اشتری منک هذا الشیء وعبدک بکذا وکذا، فإن لم یقدر علی العبد کان الذی نقده فیما اشتری منه» (۲).

وعن سماعه قال: «سألته عن اللّبن یشتری وهو فی الضرع؟ قال: لا إلّا أن یحلب لک منه سکرجه فیقول: اشتر منّی هذا اللبن الذی فی السکرجّه وما فی ضروعها بثمنٍ مسمّی، فإن لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی السکرجه» (۳).

۳ – فحوی ما دلّ علیه فی النکاح، وهو أخبار، منها:

عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبی عبداللّه علیه السلام: کیف أقول لها إذا

۱– ۱) وسائل الشیعه ۱۷ / ۳۵۳، باب عدم جواز بیع الآبق منفرداً، الرّقم: ۱
۲– ۲) وسائل الشیعه ۱۷ / ۳۵۳، الرّقم: ۲
۳– ۳) وسائل الشیعه ۱۷ / ۳۴۹، باب جواز بیع اللبن فی الضراع، الرّقم: ۲۰. والسکرجه کما فی مجمع البحرین: بضمّ السین والکاف والراء والتشدید: إناء صغیر یؤکل فیه الشیء القلیل من الادم

خلوت بهـا؟ قال تقول: أتزوّجك متعةً على كتاب اللّه وسـنّه نبيّه صـلّى اللّه عليه وآله لا وارثه ولا موروثه كـذا وكـذا يوماً... فإذا قالت: نعم فقد رضيت، وهی امرأتک وأنت أولی الناس بها» (۱).

وعن ثعلبه قال «تقول: أتزوّجک متعةً علی کتاب اللّه وسنّه نبیّه صلّی اللّه علیه وآله نکاحاً غیر سفاح...» (۲).

وعن هشام بن سالم قال قلت: «کیف یتزوّج المتعه؟ قال تقول: یا أمه اللّه، أتزوّجک کذا وکذا یوماً بکذا وکذا درهماً...» (۳).

وإذا جاز ذلک فی النکاح ففی غیره بالأولویّه.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۱ / ۴۳، الباب ۱۸ من أبواب المتعه، الرّقم: ۱

۲- ۲) نفس المصدر، الرّقم: ۲

۳- ۳) نفس المصدر، الرّقم: ۳

مسأله لزوم تقديم الإيجاب على القبول

اشاره

قال الشيخ:

الأشهر - كما قيل - لزوم تقديم الإيجاب على القبول،... ولعلّه الأصل بعد حمل آيه وجوب الوفاء على العقود المتعارفه كإطلاق البيع والتجاره فى الكتاب والسنّه.

أقول:

فيه ثلاثه أقوال:

الأوّل - وهو الأشهر - عدم جواز تقديم القبول مطلقاً.

والثانى: الجواز. قال به بعض الأكابر.

والثالث: عدم الجواز إن كان بلفظ قبلت ورضيت وبصيغه الأمر، وإن كان بلفظ اشتريت وابتعت وتملّكت، فالجواز. واختاره الشيخ.

دليل القول بلزوم التقديم

استدلّ للأوّل:

بأنّ آيه الوفاء (۱) وإنْ دلّت على الصحّه، لأن وجوب الوفاء يدلّ بالملازمه على الصحّه، إذ لا يعقل الأمر بالوفاء بما هو غير صحيح، لكنّ اللّام فى «العقود» للعهد كما يستفاد من كلمات صاحب الرياض أيضاً (۲)، فتكون

۱- ۱) سوره المائده: ۱

۲- ۲) رياض المسائل ۸ / ۱۱۳ - ۱۱۴

الآیه مختصه بالعقود المتداوله فی عصر نزولها، فما لم نتیقّن بکون العقد مع تقدّم القبول من العقود المتعارفه فی ذلک العصر، لا یمکننا القول بصحته ووجوب الوفاء به، ولعلّ هذا مراد شیخ الطائفه من أنّ البیع مع تقدیم الإیجاب «مجمع علی ثبوت العقد به» (1).

وبالجمله، لمّا کانت اللّام للعهد، أی العقود المتعارفه، فإن العقد مع تقدیم الإیجاب متیقّن دخوله تحت الآیه، وأمّا مع تقدیم القبول فمشکوک فیه، فلا دلیل علی صحته.

وربما یشکل فی عموم الآیه، بالعلم الإجمالی بالتخصیص، فإنه مانع من التمسّک بعمومها، وکذا الکلام فی الآیه «أَحَلَّ اللّهُ الْبَیْعَ» (2) للعلم الإجمالی بالتقیید.

قال الشیخ:

وزاد بعضهم: أن القبول فرع الإیجاب فلا یتقدّم علیه، وأنه تابع له فلا یصحّ تقدّمه علیه.

أقول:

ظاهر العباره أنه وجهان، أحدهما: الفرعیّه، والآخر: التبعیّه، لکنّه فی عباراتهم وجه واحد، وکیف کان، فکأن الأصل فی المعاملات هو الإیجاب لأنه الأساس، لأنّ الموجب یملّک ماله بعوض، فهو الذی یخرج المال عن ملکه ویدخل مال المشتری فی ملکه، والذی یکون من المشتری هو مجرّد

1- 1) کتاب الخلاف 3 / 40

2- 2) سوره البقره: 275

الرّضا بما فعله البائع، لذا يكون قبوله فرعاً لإيجاب البائع، والفرع لا يتقدّم على الأصل.

ولعلّ مراد الشّيخ من التبعيّه: أن القبول مضاف إلى البيع، والمضاف تابع للمضاف إليه، كما هو واضح، فلابدّ من وجوده حتّى يضاف إليه، وعليه، يكون الإيجاب هو المتقدّم.

دليل القول بعدم اللزوم

واستدلّ للثاني:

بآيه الوفاء، لكون اللاّم فيها للعموم، وأنه لا وجه لحملها على العهد، وكذا آيه الحلّ لكونها مطلقه، فتشمل جميع أفراد البيع، فكلّ عقد صدق عليه عنوان العقديه يجب الوفاء به، وكلّما صدق عليه عنوان البيع فهو حلال يترتّب عليه الأثر، والصّدق في كلتيهما مع تقديم القبول على الإيجاب حاصل.

وعليه، فكلّ ما قام الدليل على خروجه من تحت آيه الوفاء تخصيصاً أو آيه الحلّ تقييداً، سقط الاستدلال بالآيتين بالنسبه إليه، ويبقى ما عداه مشمولاً لهما، فالعلم الإجمالي منحلّ.

وبفحوى ما ورد في النكاح من تقدّم القبول، لأن النكاح أهمّ من البيع، ولنذكر بعض النصوص بالإضافه إلى ما تقدّم:

عن سهل بن سعد الساعدي: «إنّ النبي صلّى اللّه عليه وآله جاءت إليه امرأه فقالت: يا رسول اللّه، إني قد وهبت نفسي لك، فقال: لا إربه لي في النساء، فقالت: زوّجني بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال صلّى اللّه

علیه وآله: یا رسول اللّه زوّجنیها، فقال: هل معک شیء تصدقها؟ فقال: واللّه ما معی إلّاردائی هذا. فقال صلّی اللّه علیه وآله: إن أعطیتها إیاه تبقی ولا رداء لک، هل معک شیء من القرآن؟ فقال: نعم، سوره کذا وکذا، فقال: زوّجتکها علی ما معک من القرآن» (۱).

وعن العلاء بن رزین عن محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السّلام قال: «جاءت امرأه إلی النبی صلّی اللّه علیه وآله فقالت: زوّجنی، فقال رسول اللّه: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا یا رسول اللّه، زوّجنیها، فقال: ما تعطیها؟ فقال: مالی شیء. فقال: لا. قال: فأعادت، فأعاد رسول اللّه الکلام، فلم یقم أحد غیر الرجل، ثم أعادت، فقال رسول اللّه فی المرّه الثالثه: أتحسن من القرآن شیئاً؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلّمها إیّاه» (۲).

وظاهر کلام الشیخ فی المبسوط فی باب النکاح عدم الخلاف فی صحّته بین الإمامیه (۳).

التفصیل بین ألفاظ القبول

قال الشیخ:

والتحقیق: أنّ القبول: إمّا أن یکون بلفظ قبلت ورضیت، وإمّا أن یکون بطریق الأمر والاستیجاب، نحو: بعنی، فیقول المخاطب: بعتک، وإمّا أن یکون بلفظ

۱- ۱) مستدرک الوسائل ۱۵ / ۶۱، باب جواز کون المهر تعلیم شیء من القرآن، الرّقم: ۱

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۰ / ۲۶۲، الباب ۱ من أبواب عقد النکاح، الرّقم: ۳

۳- ۳) المبسوط فی فقه الإمامیّه ۴ / ۱۹۴

اشتريت وملكت - مخفّفاً - وابتعت.

فإنْ كان بلفظ قبلت، فالظاهر عدم جواز تقديمه.

أقول:

ليس منعه من تقديم «قبلت» ونحوه من جهه كونه مطاوعةً، بل إنّه يصرّح بذلك فى أواخر كلامه إذ يقول: «المسلَّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشترى بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقّق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعه وقبول الأثر، فلا».

وإنما قلنا ذلك: لأن المحقق الخراسانى أشكل على الشيخ(١) بأنّ القبول إنْ كان مطاوعه للإيجاب، فلا فرق بين أنْ يكون بلفظ «قبلت» أو «اشتريت»، وإلّا فلا فرق كذلك.

ويردّه:

إنّه لا نظر للشّيخ إلى هذه الجهه أصلاً حتى يورد عليه بما ذكر.

ص:٩١

وسنتعرّض لكلام الميرزا الاستاذ أيضاً.

وتوضيح كلام الشيخ فی المقام:

إنه يستدلّ أوّلاً بعدم الخلاف على عدم جواز التقديم بلفظ «قبلت» قال:

المحكی عن الميسيه والمسالك ومجمع الفائده أنه لا خلاف فی عدم جواز تقديم لفظ «قبلت». وهو المحكيّ عن نهايه الأحكام وكشف اللثام فی باب النكاح، وقد اعترف به غير واحدٍ من متأخرى المتأخّرين أيضاً. بل المحكی هناك عن ظاهر

ص:٩٢

التذكره الإجماع عليه.

وظاهره الاعتماد على هذا الإجماع.

واستدلّ ثانياً بأنّه «خلاف المتعارف من العقد».

وهذا – بظاهره – ينافى ما تقدّم منه من القول بعموم آيه الوفاء وإطلاق آيه الحلّ وغير ذلك.

ويمكن توجيهه: بأنّ المتعارف عند العقلاء تقديم الإيجاب على القبول، وتقديم القبول على خلاف ديدنهم، وكلّما يرد من الشارع – إمضاءً أو تأسيساً – فهو على طبق الموازين العقلائيه، خاصّةً أن المورد من الإمضاء.

وبعباره اخرى: إذا كانت السيره العقلائيه قائمه على تقديم الإيجاب، وأنّ تقديم القبول على خلاف سيرتهم، فقد تحقّق المخصّص والمقيّد اللبّى للآيتين.

فهذا توجيه كلامه هنا.

واستدلّ ثالثاً: إنّ القبول الذى هو أحد ركنى عقد المعاوضه فرع الإيجاب، فلا يعقل تقدّمه عليه.

وليس المراد... .

بل المراد منه الرضا بالإيجاب على وجه يتضمّن إنشاء نقل ماله فى الحال إلى الموجب على وجه العوضيه.

يعنى: إنّ الدلاله الالتزاميّه على طبق اللّازم والملزوم، ونقل المشترى ماله إلى البائع بدلاله رضاه بإيجاب البائع دلالةً التزاميه، إذن، يلزم رضاه بما فعله البائع، ولازم هذا الرضا هو انتقال ماله إليه، وإذا لم يكنْ إيجابٌ من قبل فلا ملزوم، فلا دلاله التزاميّه، فلا نقل فى الحال على وجه العوضيّه.

هذا شرح كلامه وبيان مرامه.

ولكنْ ما الدليل على كون الرضا بالنقل «فى الحال»؟

وحقيقه الأمر: أن البائع ملّك ماله للمشترى وتملّك مال المشترى إنشاءً، فإذا رضى المشترى، يكون ما فعله البائع فعليّاً، فالفعليّه تحصل بتماميّه السّبب.

وعليه، فإنّ فعليّه البيع وترتب الأثر يدور مدار تماميّه السّبب، وهو مركّب من إيجاب البائع المفيد لنقل ملكه إلى المشترى وإدخال مال المشترى إلى ملكه، ورضا المشترى بما فعله البائع، من غير فرقٍ بين تقدّم الإيجاب على القبول وتقدّم القبول على الإيجاب، لأنه إن كان القبول متأخّراً فلا كلام، وإن كان متقدّماً فهو ينشأ رضاه بمضمون الإيجاب المتأخّر من البائع، فإذا جاء الإيجاب تمّ السبب المؤثّر، فما ذكره الشيخ مردود.

وأمّا ما ذكره من الفرعيّه، فعجيب منه جدّاً، نعم، الرّضا بشىء فرع له وكلّ مضاف تابع للمضاف إليه، ولكنّ هذا التقدم والتأخر طبعى وهو أجنبى عن التقدّم والتأخّر الزّمانى، ولا مانع من أن يكون المتأخّر الطّبعى متقدّماً زماناً، وإنْ كان تقدّمه بملاك الطّبعيّه - بأن يتقدّم المتأخر الطبعى على المتقدّم الطبعى وبالعكس - غير معقول.

فظهر ما فى كلام الشّيخ كذلك.

قال الشيخ:

ومن هنا يتّضح فساد ما حكى عن بعض المحقّقين فى ردّ الدليل المذكور وهو كون القبول فرع الإيجاب وتابعاً له... .

والإنصاف أن ما ذكره بعض المحقّقين [(١)] من أنه ليس تبعيّه القبول للإيجاب تبعيّه المعطوف للمعطوف عليه، وتبعيّه قصد المقدمه لقصد ذى المقدّمه، متينٌ، فإنّها تبعيّةٌ طبعيّه كما عرفت.

أمّا قوله:

وإنّما هو على سبيل الفرض والتنزيل... .

فغير صحيح، فإنّ القابل لا يجعل نفسه متناولاً، بل الموجب جعل القابل كذلك.

وتلخّص:

إنـا لا نوافق على قول الشيخ باعتبار النقل فى الحال وامتناع التقدّم من جهه الفرعيّه، ولا على قول بعض المحققين من أنّ التبعيّه هى على سبيل الفرض والتنزيل.

بحثٌ مع المحقق النائينى

وذهب الميرزا الاستاذ قدّس سرّه إلى عدم جواز تقدّم القبول على الإيجاب مطلقاً، وملخّص دليله هو:

إن الأمر كلّه فى المعامله بيد الموجب، ولا يكون من القابل إلّا القبول والمطاوعه لما فعل الموجب، هذا من جهةٍ، ومن جهه اخرى، فإنّ «قبلت» مطاوعه بالصّراحه، و«اشتريت» مطاوعه تضمّناً، فكلاهما مطاوعةٌ، ولولاها لمّا تحقّق العقد، لأنّ قوام العقديّه هو الإيجاد من طرفٍ والمطاوعه له من

ص:٩٥

١- ١) كتاب المكاسب ٣ / ١۴۴

الطّرف الآخر والقبول له. وعلى ما ذكر، فالقبول بالنسبه إلى الإيجاب نظير الإنكسار بالنسبه إلى الكسر، فكما لا يتقدّم الانكسار على الكسر، كذلك لا يتقدّم القبول على الإيجاب، لأنه قبولٌ للتبديل الحاصل من الموجب، والقبول فى حال عدم التبديل غير معقول، لأنه كالانكسار بلا كسر.

إذن، لا يجوز تقدّم القبول على الإيجاب، سواء كان بلفظ «قبلت» أو بلفظ «اشتريت» ونحوهما.

أقول:

لاـ يمكن المساعده على ما أفاده بوجهٍ، لأنّ الواقع من طرف البائع هو تبديل ماله بمال المشترى إنشاءً، فإذا تحقق تحقّق التبدل إنشاءً وفى عالم الاعتبار كذلك، وأمّا المشترى، فإنه إنما يقبل ما كان ويرضى به، وليس فى طرفه انفعال أصلًا، حتّى يشبّه القبول بالانكسار، فيقال بعدم معقوليه تقدّمه على الإيجاب.

وأمّا أن قبول الشىء يتوقف على وجود ذلك الشىء لا محاله، فهذا حق، إذ لا يصلح المعدوم بقولٍ مطلق لأنْ يتعلّق به القبول، ولكنّ متعلَّق الرّضا هو التبديل أو التبادل بين المالين، فلو تقدَّم الرضا وجاء التبديل والعذر والتوبه مثلًا، حيث أن المقصود من قبول العذر هو الرضا بمضمون كلامه فى مقام الاعتذار، وإذا كان هذا معنى القبول، فلا فرق بين أنْ يكون الرضا بشىء موجود بالفعل أو بأمرٍ سيوجد فى وقتٍ متأخّر.

ولو سلَّمنا أن «القبول» مفهوم لا يتعلَّق إلّابما هو موجود بالفعل، فإنّ «رضيت» ليس كذلك، فإنه يتعلّق بما هو موجود بالفعل وبما هو متقدم وبما هو متأخّر، فلماذا ينفى جواز تقدَّم القبول مطلقاً؟

ص:٩٦

بقى من أدلّه الشيخ:

الإجماع على عدم جواز تقدّم «قبلت» ونحوه.

وفيه: إنه ليس من الإجماع الحجه، ويحتمل قويّاً استناده إلى الوجوه الاخرى.

وأمّا أنّ التقدّم خلاف المتعارف.

فإن كان نظره إلى أنّ العمومات والمطلقات إمضاء للعقود المتعارفه، فيمكن الموافقه عليه، لتأخّر القبول عن الإيجاب فى العقود المتعارفه، ولكنْ لا ـ دليل على دعوى كونها إمضاءً للعقود المتداوله فقط، بل هى عمومات وإطلاقات شامله لجميع العقود إلّاما خرج بالدليل.

وإنْ كان نظره إلى مقتضى المطاوعه، فقد عرفت الجواب عنه.

كما تقدّم الكلام على قضيّه الفرعيّه بالتفصيل.

كما ظهر أنْ لا ـ أساس للقول بأنّ القابل ناقل للمال حالّاً، لِما عرفت من أنه لا يكون من القابل نقلٌ لا بالمطابقه ولا بالتضمّن ولا بالالتزام، بل الحاصل منه هو الرضا فقط.

ولو تنزّلنا وقلنا بأنه ناقلٌ بالالتزام، فالجواب هو: إنّ المدلول الالتزامى تابعٌ للدالّ على الالتزام، وهذا الالتزام ناشئ من رضاه بما فعل البائع، فهو ليس بناقل بالفعل بل هو ناقلٌ من حين الإيجاب، لو كان ناقلاً.

مضافاً إلى ما تقدّم من أنَّ مقام الإنشاء غير مقام فعليّه الأثر، فإذا تقدّم القبول كان تماميّه السبب بمجئ الإيجاب، فيصير الأثر فعليّاً.

المختار فی المقام

ملخّص المختار ومحصّل المطلب:

إنّ العقد ارتباط عهدٍ بعهدٍ، ولولا الارتباط یکون إیقاعاً. فإنْ کان معاملةً اشترط وجود عنوان العوضیّه والمعوّضیه، والمعاوضه تتحقّق من أحدهما وهو الموجب، وأمّا القابل، فلیس الصادر منه إلّاالرضا بما فعل الموجب، فیکون رضاه هو الرابط المحقّق لعنوان العقدیه، وللمعاوضه الحاصله من البائع، سواء کانت قبل الرّضا أو بعده، فأیّ مانعٍ من الرّضا بالمعاوضه والمبادله بین الشیئین الحاصله بعده؟ فکما تقرّر فی الواجب المعلّق والواجب المشروط صحّه الإنشاء الفعلی للمنشأ المتأخّر - وإنما أنکرنا الواجب المعلّق من جهه أنّ حقیقه الحکم عباره عن البعث، ولا یعقل وجود البعث فی وقتٍ لا یوجد الانبعاث، لکون البعث والانبعاث متضائفین والمتضائفان لا ینفکّان فی القوّه والفعلیه - نقول: بصحّه الرضا والقبول للمبادله والمعاوضه الحاصله فیما بعد.

فالحق: جواز تقدّم القبول علی الإیجاب مطلقاً.

الکلام فی تقدّم القبول بلفظ الأمر

قال الشیخ:

وممّا ذکرنا یظهر الوجه فی المنع عن تقدّم القبول بلفظ الأمر کما لو قال: بعنی هذا بدرهم فقال: بعتک... وأمّا ما یظهر من المبسوط... وأمّا فحوی جوازه فی النکاح... .

ص:۹۸

أقول:

خلاصه كلامه: أنّ طلب الشـيء أمرٌ والرضا به أمرٌ آخر، فمجرّد الطلب لا يدلّ على القبول والرضا، فلا يجوز القبول بصـيغه الأمر مطلقاً، أما بعـد الإيجاب، فلعـدم الموضوع بل هو تحصـيل الحاصل، وأمّا قبله، فللمحذور المذكور. فلا قابليه لصـيغه الأمر للقبول فى العقد.

وقـد وافقه الميرزا الاسـتاذ قـدّس سرّه على المنع، لأنّ القبول هو المطاوعه، والأمر ليس كـذلك كما واضح، فلا يصـلح لأن يقع قبولاً.

فأمّا ما أشار إليه الشـيخ هنا أيضاً من ضـروره كون القبول نقلاً فى الحال، وصـيغه الأمر لا تدلّ على ذلك، فقد عرفت أنْ لا دليل على اعتبار زمان الحال، ولا دلاله للإيجاب ولا للقبول عليه، فلا وجه للقول بأنّ القبول عباره عن الرضا بالنقل حالّاً.

ثم إن هنا نقاطاً:

(الاولى) إن جميع الصّفات النفسانيّه التعلّقيّه من التمنّى والترجّى والحبّ والعلم وأمثالها، يستحيل وجودها من دون المتعلّق، فلولا وجود الشـيء لما تحقق رجاؤه والعلم به وتمنّيه وهكـذا... والمتعلّق لا يعقل أنْ يكون فى الخارج وإنّما هو صوره ما فى الخارج، لما تقرر فى محلّه من أن الخارج لا ينقلب ذهناً والذهن لا ينقلب خارجاً.

وعليه، فالـذى يتعلّق به الرضا ليس هو الموجود فى الخارج، وإنّما صوره الشـيء المطابقه لما فى الخارج، وهل يعتبر أنْ يكون ما فى الخـارج موجوداً بالفعـل حتى يتعلّق الرضـا بصورته؟ كلّـا، لاـ يعتبر، وإلّا لاسـتحال تمنّى وترجّى الشـيء المتأخر والشوق إليه وهكذا... .

(الثّانيه) إنّ المشترى لمّا يقبل فعل البائع، وهو تبـديل الشـىء بالشـىء، هل يقبل التبديل - أى المعنى المصدرى - أو التبدّل، أى المعنى الاسم المصدرى؟ فإذا أمر بالبيع قائلاً «بعنى هذا بهذا»، هل يكون راغباً فى التبديل من البائع أو فى تبدّل ماله بمال البائع؟

الظـاهر عـدم الفرق، لأنّ التبـديل عين التبـدّل، إنمـا يختلف الحال فى الغرض، فتارةً: يتعلّق بالحيثيّه الصـدوريّه كما لو قال الأب لولـده: صلّ، فإنّ غرضه متعلّق بإيجاد الولد للصـلاه وإنْ كان مشـتاقاً إلى وجودها أيضاً، لاتّحاد الوجود مع الايجاد، وتارةً: يتعلّق بأصـل الفعـل ولاـ نظر له إلى الحيثيه الصـدوريه، كمـا لو كـان عطشانـاً وقـال لغيره: اسـقنى، فإنّ غرضه متعلّق بشـرب الماء ورفع عطشه، ولا دخل لصدور السّقايه من خصوص الشخص فى غرضه، بل تصدّيه للفعل مقدّمه لحصول الغرض.

وعليه، فلو أمر بـالبيع فى مقـام القبول، لم يكن فرق بين أن يكون راضـياً بالتبـديل أو بالتبـدّل، نعم، ربمـا يفترق الحـال من حيث الغرض، فقـد يتعلّق بالحيثيّه الصّـدوريه أى التبـديل من الشـخص، إلّاأنها لا تنفكُّ عن المعنى الاسم المصـدرى وهو التبدّل كما تقدّم... وكيف كان، فإنه يدلّ على الرّضا بالمبادله بين الثمن والمثمن.

(الثالثه) قدّمنا أن العقد هو العهد المرتبط بالعهد، وأنّ رضا المشترى بالمبادله بين المالين من طرف البائع هو الرّابط بين العهدين، ولا ريب فى عدم كفايه الرضا الباطنى فى تحقق العقد اللفظى، فلابدّ من إظهاره لفظاً.

وهل يعتبر أنْ يكون هذا الرضا المبرز باللّفظ متأخراً عن الإيجاب؟

وهل يعتبر أنْ يكون بلفظ خاص؟

وهل يعتبر أنْ تكون دلالته مطابقيّه؟

الحق: أنه لا دليل على اعتبار شيء من ذلك.

فيجوز أنْ يكون القبول بصيغه الأمر المتقدّم، وتشمله العمومات والإطلاقات(١)، والإجماع المدّعى ليس بحجّه، وقضيه المطاوعه قد تقدم الكلام عليها.

الكلام في تقدم القبول بلفظ اشتريت ونحوه

قال الشيخ:

وإنْ كان التقديم بلفظ اشتريت أو ابتعت أو تملّكت أو ملكت هذا بكذا، فالأقوى جوازه... .

ص:١٠١

أقول:

قد منع الشيخ من تقدّم قبلت، لأنّ القبول يتضمّن النقل بالفعل، فلو تقدّم لم يتضمّنه فلا يجوز، ومنع إذا كان بصيغه الأمر، لأنه مجرد طلب وليس بنقلٍ.

أمّا فى اشتريت ونحوه فقال: الأقوى جواز تقدّمها، لأنه لمّا يقول اشتريت هذا الكتاب بدرهم، ينشأ تملّك مال الآخر وينقل ماله إلى صاحبه بالفعل عوضاً عن ماله الذى أدخله فى ملكه، فلما قال البائع «بعت»، فقد أخرج كتابه عن ملكه وأدخل الدرهم فى ملكه، فإنشاؤهما فى الإدخال والإخراج متعاكسان، فذاك يدخل الكتاب بالصراحه فى ملكه ويخرج الدرهم عن ملكه بالالتزام، والبائع يخرج بالصراحه ويدخل بالالتزام.

فهنا إنشاءان، والإنشاء المتقدّم انشاءٌ للمعاوضه نظير إنشاء البائع، فكما أن البائع ينشأ ملكيه الكتاب معوّضاً بالدّرهم، كذلك المشترى، غير أنه إنْ كان متأخّراً فهو قبولٌ، لأن عنوان «المطاوعه» يتحقق مع التأخّر، لأنّ «الاشتراء» افتعال، وأمّا مع التقدّم فلا، ولذا قال:

فكلّ من رضيت واشتريت بالنسبه إلى إفاده نقل المال ومطاوعه البيع عند التقدم والتأخر متعاكسان.

ثم تعرّض لسؤالٍ مقدَّر هو: إنه إذا كان «اشتريت» فى صوره تأخره قبولاً، فلِمَ لا يكون قول البائع متأخراً «بعت الكتاب بدرهم» قبولاً للاشتراء المتقدّم؟

فأجاب: بأنّ القبول إنما يكون ممّن يخرج العوض عن ملكه، والكتاب معوَّض، فما قاله إيجاب لا قبول.

ص:١٠٢

فیتوجّه علیه حینئذٍ الاشکال الذی طرحه بقوله:

فإنْ قلت: إنّ الإجماع علی اعتبار القبول فی العقد یوجب تأخیر قوله:

اشتریت، حتّی یقع قبولاً لأن إنشاء مالکیته لمال الغیر إذا وقع عقیب تملیک الغیر له، یتحقّق فیه معنی الانتقال وقبول الأثر، فیکون اشتریت متأخراً التزاماً بالأثر عقیب إنشاء التأثیر من البائع، بخلاف ما لو تقدم... .

أی: إنه لمّا لم یکن «اشتریت» المتقدم مطاوعه، وإنّما یکون مطاوعةً إذا تأخّر، وکان قول الفقهاء بأن «اشتریت» قبولٌ محمولاً علی غلبه تأخّره، بل عن بعضهم أنه لیس قبولاً حقیقةً وإنما هو بدل، فهو فی صوره التقدّم لا یعتبر قبولاً، فهو إیجاب، ولمّا کان إنشاء البائع إیجاباً ولیس بقبولٍ کذلک، کان المتحقق إیجابان، وهذا خلاف الإجماع القائم علی اعتبار القبول فی کلّ عقدٍ من العقود، وعلی هذا، فیجب تأثیر «اشتریت» حتی یقع قبولاً لیتحقق العقد.

وبعباره موجزه:

کلّ عقد لابدّ فیه من القبول، واشتریت متأخّراً قبول دون کونه متقدماً، فلابدّ من أنْ یکون متأخّراً.

ووجه قول الشیخ بأنّ اشتریت المتأخّر قبول وإذا تقدّم فلیس بقبول، مع أن مفاد هیئه الافتعال هو القبول، هو: إن باب الافتعال قبول للمبدء، لکنّه لیس دائماً قبولاً للمبدء الذی یوجده الغیر، فقد یوجده الشخص نفسه کما فی «اختفی» ونحوه، وقد بیّنا هذا سابقاً بالتفصیل، فقبول المبدء غیر قبول المعاوضه.

ص:١٠٣

فأجاب عن الإشكال بقوله:

قلت: المسلّم من الإجماع هو اعتبار القبول من المشترى بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب، وأمّا وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمّن للمطاوعه وقبول الأمر، فلا.

فالقدر المتيقن من الإجماع هو أنْ يكون المشترى راضياً بفعل البائع، أى الرضا الناقل للمال. وأمّا اعتبار تلقّى الشىء وإنشاء الانفعال منه، فلا، وهذا قوله:

فقد تبيّن... ولا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع.

كان ما ذكرنا شرحاً لكلمات الشيخ.

وبعد ذلك نقول:

أمّا قوله: بأنّ اشتريت المتقدّم وبعت المتأخّر إنشاءان، ولا فرق بينهما إلّا أنهما متعاكسان من حيث الصراحه والالتزام، ففيه:

إنّه إن كان المشترى بقوله اشتريت يعنى: «تملّكت كتابك بعوض مالى» فهو وقول البائع: «بعتك الكتاب بعوض» متباينان، لأن ذاك «تملك» وهذا «تمليك»، فالقول بتساويهما وأنّ الفرق فى الصراحه والالتزام فقط، غير صحيح.

وعلى هذا الفرض، فإنّ هذا الإنشاء صحيح حتّى بناءً على اعتبار المطاوعه، إذ لا محذور من إنشاء المطاوعه لفعلٍ قبل وقوع الفعل، وإنما يعتبر التأخّر فى المطاوعه الخارجيّه.

وبعباره اخرى:

إن قبول الإيجاب مطاوعه، والمطاوعه قبول الأمر، لكنّ الذى يرد عليه

الأثر ويقبله فى العقد هو المتاع الذى أدخله الموجب فى ملكه، فكان المتأثر هو المتاع والأثر دخوله فى ملك الموجب الذى هو المؤثّر، فالمطاوعه كانت للمتاع، وإنما سمّى ذلك بالمطاوعه، لأنّ قبول الأثر تكويناً هو المطاوعه، وإنما أسند القبول إلى المشترى وسمّى مطاوعةً، لأنه قد وافق على ما فعله الموجب فى ملكه، ورضى بمالكيته التى حصلت بسببه، لأنّ المتاع مضاف إليه، فلما وقع الأثر على المتاع ورضى به مالكه أصبح هو المنفعل والمطاوع له.

ولقد بيّنا سابقاً: أنه لا تعتبر المطاوعه فى المعامله، وأنّ القبول فيها ليس بهذا المعنى، بل هو الرضا، نظير قبول التوبه والعذر والضيف والوعد ونحو ذلك.

لكنّ الشّيخ لمّا كان يرى أن القبول هو المطاوعه، وأنّ «اشتريت» ونحوه ليس مطاوعةً، وأنّ قول المشترى ذلك مقدّماً نظير قول البائع «بعت» على السّواء من حيث كونهما تمليكاً، فيرد عليه:

أوّلاً: إن كان «ابتعت» بمعنى قبول الملكيه الحاصله من الغير، كان مرادفاً لتملّكت، ويرد عليه ما ورد عليه، وإنْ كان بمعنى قبول المبدء، بلحاظ إيجاده هو له - كما فى اختفيت واكتسبت مثلاً - كان إيجاباً كإيجاب البائع، والمتحقّق إيجابان لا إيجابٌ وقبول.

وثانياً: إنّ «تملّكت» قبولٌ ومطاوعه لِما فعله الموجب مطاوعه انشائيّه - والمفروض كون الصيغ الاخرى المذكوره مرادفه له - فقوله: بأنّها فى حال التقدّم ليست بقبولٍ، غير صحيح.

ص:١٠٥

وبعد الفراغ عن النظر فى كلام الشيخ نقول:

إنْ قلت: الإيجابان يصدق عليهما أنهما عقد، لأن المناط هو الارتباط بينهما، وهو موجود فى هذين الإيجابين، لكونهما واردين على الشيء الواحد، إذْ كلاهما يملّكان المتاع المعيّن بدرهم، فما المانع عن تركّب العقد من إيجابين، بعد الجواب عن الإجماع المدّعى بعدم حجيّته؟

قلت: إنّ توارد العهدين على المورد الواحد شيء، وارتباط أحدهما بالآخر بأنفسهما شيء آخر، ولعلّ إلى هذا نظر المجمعين.

ثمّ أقول:

إذا كان المحقّق لعنوان العقديّه هو الارتباط بين العهدين، فإنّ الرضا المنشأ كاف لحصول الارتباط، فالعقد متحقق وإنْ تقدم الرضا، لأنّ هذا الرضا الباطنى المنشأ باللّفظ مستمرٌّ إلى حين الإيجاب اللّاحق ومتعلّق به، سواء كان إنشاؤه بصيغه الفعل، ماضياً أو مضارعاً أو بصيغه الأمر.

بقى أنه: لو قال المشترى «تملّكت كتابك بدرهمى» فقال البائع:

«قبلت»، لم يبعد صدق «العقد» عليه - وإنْ لم يصدق عليه عنوان «البيع» - وحينئذٍ، ينطبق عليه عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فيكون صحيحاً.

حكم تقدّم القبول فى العقود الاخرى

قال الشيخ:

ثم إن ما ذكرنا جارٍ فى كلّ قبول يؤدى بإنشاء مستقل كالإجاره... والنكاح... .

ملخّص ما أفاده بتوضيحٍ منا:

إنّه يجرى ما تقدّم من جواز التقديم، فى كلّ عقدٍ يؤدّى فيه القبول

بإنشاءٍ مستقلّ كالإجاره، بأنْ يقول مقدّماً: استأجرت، فيقول الموجب:

آجرت، وكالنكاح، بأنْ يقول مقدّماً: تزوّجت، فيقول ذاك: زوّجت، لأنّ القبول كذلك فى الإجاره يتضمّن نقل المال بالفعل، وفى النكاح يجعل نفسه بالفعل زوجاً.

لكنّ الشيخ قد أشكل من قبل فى جواز التقديم بقوله:

نعم، يشكل الأمر بالمعهود المتعارف... فالحكم لا يخلو من شوب الإشكال.

فنقول:

إنّ كانت صحه هذه المعاملات مستنده إلى السّيره العمليّه الممضاه، فمن المعلوم أنّ مورد الإمضاء ما كان معهوداً متعارفاً من الصيغه، وهو الإيجاب المقدّم والقبول المؤخّر، فمورد تقدّم القبول لم يكن متعارفاً، فليس بممضىً من الشارع.

وكذا إن كانت اللّام فى آيه الوفاء للعهد، أو أنّ الآيه مسوقه للإمضاء، وكذا آيه الحلّ... .

أمّا إنْ كانت اللّام للعموم، وكان الاطلاق فى آيه الحلّ محكّماً، فلا وجه للإشكال، وهذا هو الأقوى كما تقدم، نعم، الإحتياط فى محلّه كما لا يخفى.

وأمّا المنع، من جهه أنّ القبول مطاوعه فلا يعقل تقدّمه، كما ذهب إليه شيخنا الميرزا، فقد قلنا أنّ هذه المطاوعه إنشائيه لا خارجيّه، فلا مانع من تقدّمه. وأيضاً: القبول هو الرضا، وليس فى البين مطاوعه أصلًا.

فتحصّل: عدم الإشكال فى التقديم فى البيع، وكذلك فى الإجاره والنكاح بلا إشكال، لأنّ المناط هو الرّضا، وهو كما يجوز مؤخّراً كذلك مقدّماً.

قال الشيخ:

وأمّا ما لا إنشاء فى قبوله إلّاقبلت أو ما يتضمّنه كارتهنت، فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه... والتحقيق عدم الجواز... وكذا القول فى الهبه والقرض... .

وملخّص ما أفاده بتوضيح منّا:

إن من العقود ما لا يحصل فيه النقل من قبل القابل أصلًا، كعقد الوديعه، حيث لا ينقل المودع شيئاً، والوكاله، إذ ليس فيها نقلٌ، والقرض، إذ لا شىء من ناحيه المقترض، والعاريه، فإنّه يعير الشىء للانتفاع به ولا يعطى المعير شيئاً، والهبه غير المعوّضه، والوصيّه... وبالجمله، فإنه لا يقع من طرف القابل نقل فى هذه العقود، بل قبوله فيها صرف الرضا.

فهل يجوز تقديم القبول فى هذه العقود؟

إنّ من هذه العقود ما ليس فيه من ناحيه القابل إلّاالقبول، ولا يلزم إلّا الرضا، كالعاريه والوديعه والوكاله، فيجوز فيها التقدم، كأنْ يقول: أقبل أن أكون لك وكيلًا، أو يكون هذا الشىء وديعةً عندى، وهكذا... لجواز الرضا بأمرٍ متأخر.

ومن العقود ما يترتب فيه الأثر على العنوان، مثل: المقترض له حكم كذا، المرتهن له حكم كذا، المتّهب له حكم كذا... ففى هذه العقود يعتبر – بالإضافه إلى الرّضا – صدق عنوان كونه مقترضاً أو مرتهناً أو متّهباً... ولمّا كانت هذه العناوين مطاوعيّه، فلابدّ من وجود الرهن أو القرض... حتّى يتحقق الصّدق، فلا يجوز التقدّم.

لا يقال: الأمر فى اشتريت – مثلًا – كذلك، فإنه يتحقق هناك عنوان المشترى، وهو لا يصدق إلّامع تقدّم البيع.

ص:١٠٨

لِما تقدم من وجود النقل بالفعل هناك، والكلام هنا فيما لا نقل من القابل أصلًا.

فنقول:

قد ذكر أنه فی مثل الوكاله والوديعه والعاريه، لا يعتبر أزيد من الرضا بالإيجاب، ولذا يعبّر عنها بالعقود الإذنيه، فيجوز تقديم القبول فيها على الإيجاب.

وفيه نظر، للفرق بين الإذن والوكاله مثلًا، فلو قال: أذنت لک أن تفعل كذا، تحقّق منه الإذن حتى لولم يقبل الطرف المقابل ولم يفعل ذلک الفعل، بخلاف الوكاله، فإنها إنابه للوكيل فی العمل ولا يكفی فيها صِرف الإذن والرضا، فكم فرق بينهما؟

وأيضاً، فإن الإذن لا يسقط بالردّ والوكاله تسقط، والوكيل لو عمل وتبيّن كونه معزولاً صحّ عمله، بخلاف المأذون.

وأيضاً: قد تقدم أنّ القبول فی العقود نظير قبول التوبه والعذر، وليس بمعنى الانفعال فإنه فی الامور القهريه، ولا تتخلّل الإراده بين الفعل والانفعال، بل هما واحد فی الحقيقه، ينسب إلى أحدهما بالفاعليه وإلى الآخر بالانفعال، وأمّا حيث تتخلل الإراده فوجودان، يصدر أحدهما من ذاک ويتحقق الآخر بإراده هذا، ففی كلّ مورد تخلّلت الإراده فلا معنى للانفعال.

هذا أوّلاً.

وثانياً: إن المشترى إنما ينسب القبول إلى نفسه مجازاً، كما تقدّم.

وثالثاً: إنه لا ـ مانع من إنشاء المطاوعه وأن تكون فعليتها بعد مجئ الإيجاب، سواءً كان العقد من قبيل القسم الأول كالوكاله ونحوها، أو القسم

الثانی کالرّهن والقرض والهبه، ولا دلیل علی فعلیّه هذه العناوین فی حین الإنشاء.

قال الشیخ:

وأمّا المصالحه المشتمله علی المعاوضه، فلما کان ابتداء الالتزام بها جائزاً من الطرفین... کان البادی منهما موجباً... ثم لما انعقد الإجماع علی توقّف العقد علی القبول، لزم أن یکون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول... وتحقق من جمیع ذلک أن تقدیم القبول فی الصلح أیضاً غیر جائز... .

توضیحه:

إنه یعتبر لفظ القبول فی المصالحه، لأن المصالحه علی قسمین، فمنها:

المصالحه غیر المعوّضه، ولا یجوز فیه إلّاالقبول متأخّراً، إذ لا یکون شیء من قبل المصالح له إلّاالرضا والقبول لما فعله المصالح. ومنها: المصالحه المشتمله علی المعاوضه، فإنّ کلّاً منهما یلتزم بشیء، فهما متساویان من حیث الالتزام، ونسبه المصالحه إلی کلّ منهما علی حدّ سواء، فأیهما کان البادی فهو الموجب، فلا معنی لفرض القبول المتقدّم.

وهل یجوز له أن یقول متأخّراً «صالحتک» أو یعتبر لفظ القبول؟ قال الشیخ: لا- یجوز، إذ لو قال أیضاً: صالحتک کان إیجاباً آخر، فیلزم ترکّب العقد من ایجابین، وقد قام الإجماع علی توقف العقد علی القبول، وقد ذکرنا سابقاً أنه لا یبعد أنْ یکون هذا الإجماع برهانیاً، لأنّ توارد العهدین علی موردٍ واحدٍ شیء، والارتباط بین العهدین المحقق لعنوان العقدیه شیء آخر.

أقول:

إن قال: «صالحتک هذا علی أن ذاک لی» فکلام الشیخ متین جداً، وأمّا إنْ

قال: صالحتک علی أن یکون هذا بعوض هذا، بأن تکون مصالحةً تسدّ مسدّ الإجاره مثلًا من حیث المعاوضیّه، کما لو قال: صالحتک علی أنْ یکون الانتفاع بداری بکذا درهم، أو: صالحتک علی أن تکون لک داری بکذا درهم، ففی هذه الصوره لا مانع من التقدّم علی أنْ یکون قبولاً ولا یکون إیجاباً.

ص:١١١

مسأله الموالاه بين الإيجاب والقبول

اشاره

قال الشيخ:

ومن جمله شروط العقد: الموالاه بين ايجابه وقبوله.

ذكره الشيخ... قال الشهيد فى قواعده: الموالاه معتبره... .

أقول:

ذكر الشهيد أنّ الموالاه بين الإيجاب والقبول مأخوذه من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه، يعنى: إن الاتصال هناك منشأ الانتقال إلى اعتبار الموالاه هنا.

واحتمل الشيخ فى وجه الاعتبار هناك أنه السبب لخروج المستثنى منه عن حدّ الكذب إلى الصدق، فصدقه يتوقف عليه، فلو قال: «رأيت القوم» ولم يتّصل به قوله «إلّا فلاناً»، كان كذباً، وإذا اتصل به خرج عن الكذب.

ولقد كان الأولى به أنْ يقول: إن المتكلّم مادام متكلّماً لا يستقرّ ظهور كلامه فى المعنى المراد، فإذا انتهى استقر، فلو تكلّم بالمستثنى منه فقط انتهى واستقر ظهوره، بخلاف ما إذا اتّصل به المستثنى، فإن الظهور ينعقد بعد مجيئه، ولذا لو أقرّ قائلاً: «له علىّ مائه إلّاخمسه» استقرّ الظهور فى الخمسه والتسعين، أمّا لو فصل بينهما استقرّ فى المائه، فلو قال بعد ذلك «إلّا خمسه» عدّ إنكاراً بعد الإقرار، فالمناط وحده الظّهور للكلام، فإذا انعقد اخذ به، وليس المناط خروجه عن حدّ الكذب إلى الصدق.

وبالجمله، إنه مع الفصل ينعقد ظهوران، وهو على خلاف المقصود.

ص:١١٢

ثم ذكر الشهيد موارد لاعتبار الموالاه فى الفقه، منها:

الفوريّه فى استتابه المرتد، فيعتبر فى الحال، وقيل إلى ثلاثه أيام.

قال الشيخ:

ثم فى تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء، كمسأله توبه المرتد، فإنّ غايه ما يمكن أن يقال فى توجيهه إن المطلوب فى الإسلام الاستمرار، فإذا انقطع، فلابدّ من إعادته فى أقرب الأوقات.

أقول:

لكنّ العباره موهمه، وإنّما المراد: الموالاه بين توبه المرتدّ واستتابه الحاكم إيّاه، وإلّا يقتل فعلًا أو بعد ثلاثه أيام.

قال الشهيد:

ومنه: السكوت فى أثناء الأذان... السكوت الطويل فى أثناء القراءه...

التشهّد، ومنه تحريم المأمومين فى الجمعه... ومنه الموالاه فى التعريف (۱)... .

أقول:

وكلّ ذلك، لأنه لولا الهيئه الإتصاليه لما صدق عنوان «الأذان» بل كان مجموعه أذكار وأقوال، أو «القراءه» بل كان المقروء آيات متفرقه، وكذا التشهّد.

وأمّا مسأله الجمعه، فلأنه يعتبر فيها الموالاه بين تحريم العدد المعيّن من المؤمنين وركوع الإمام، وإلّا لم يتحقّق صلاه الجمعه.

۱- ۱) القواعد والفوائد ۱ / ۲۳۴، القاعده رقم: ۷۳

وكذا الكلام فى تعريف الضالّه، فلمّا قيّد الشارع التعريف بالمدّه الخاصّه، اعتبر فيه الموالاه وإلّا لم يتحقق الامتثال.

قال الشيخ:

حاصله: أنّ الأمر المتدرّج... فالعقد المركب من الإيجاب والقبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزله كلام واحدٍ... ولذا لا يصدق المعاقده إذا كان الفصل مفرطاً... وما ذكره حسن لو كان حكم الملك واللّزوم فى المعامله منوطاً بصدق العقد عرفاً... أمّا لو كان منوطاً بصدق البيع أو التجاره عن تراض، فلا يضرّه عدم صدق العقد.

أى: إنّ سرّ اعتبار الموالاه هو: عدم صدق «العقد» بدون الموالاه بين الإيجاب والقبول والاتّصال الزمانى بينهما.

فأورد عليه بقوله: إنّ هذا حسنٌ لو كان... أمّا لو كان منوطاً.

وحاصله: إنّ اعتبار الموالاه لكى يصدق عنوان «العقد»، يدور مدار الدليل المعتمد فى ترتّب الأثر على العقد صحّةً ولزوماً، فإنْ كان عموم آيه الوفاء فهى لازمه، لأن الموضوع فيها هو العقد وقد اعتبرت الموالاه فى صدقه، وإنْ كان إطلاق آيه الحلّ وموضوعها هو «البيع»، جاز التمسّك بها مع صدق البيع وإن لم يصدق «العقد». وأما إنْ كان عموم قوله تعالى «إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» (١)، فموضوع الآيه هو «التجاره» وهو صادق مع عدم الموالاه وعدم صدق «العقد».

ص:١١۴

١- ١) سوره النساء: ٢٩

فأقول:

إنّ الشّهيد وغيره من الفقهاء، يعتبرون الموالاه فى العقود المعاوضيّه وفى النكاح، وأمّا فى غير المعاوضيّه كعقد الوكاله والعاريه ونحوها، فلا، فلو وكّله الآن فقال الوكيل فى الغد: قبلت، صحّ، وكذا لو وهبه الآن فقبل فى وقتٍ آخر، وهكذا...، فالقول بأنّ المناط للموالاه هو صدق عنوان العقد، منتقض بأنّ تلك المعاملات عقود أيضاً عندهم، ولا يعتبرون فيها الموالاه، فيظهر أن عنوان العقديه غير متوقف على الموالاه.

وأفاد شيخنا الاستاذ رحمه اللّه عليه فى الجواب عن القول بأنّ التوالى بين الإيجاب والقبول مقوّم لصدق العقد، وبدونه لا يصدق:

بأنّ العهد عباره عن الالتزام القلبى أو الجعل والقرار المعاملى، وأن العقد عباره عن ربط أحد الالتزامين بالآخر أو ربط أحد القرارين بالآخر، فحيثيه العهديّه غير حيثيه العقديّه، وأن حقيقه العقد هو الربط لا الوصل حتى يؤخذ بمقتضيات الوصل وربط أحد الالتزامين القائم بمحلّ الالتزام القائم بمحلٍّ آخر بلحاظ ورودهما على أمرٍ واحد وهو كون أحد المالين بأزاء الآخر فى الملكيه مثلاً، فوحده الملتزم به هو الجامع الرابط بين الالتزامين، وهذا المعنى من الربط لا يقتضى إلّابقاء الالتزام الأوّل على حاله حتى يكون بعد ورود الالتزام الثانى مربوطاً به، وإلّا فحقيقه الربط لا تتحقّق بين موجود ومعدوم، وتخلّل زمانٍ طويل أو قصير أجنبى عمّا يقتضيه هذا المعنى من الربط (1).

ص:115

1- 1) حاشيه المكاسب 1 / 284

وحاصله:

إن العقـد عباره عن العهـد المؤكد، أى العهد الذى تأكّد بالعهد الآخر، أو المشدّد، أى العهد الذى شدّ بالعهد الآخر، والعهد أمر باطنى نفسانى لا ربط له باللفظ وبالزمان، إذن، لابـدّ من الارتباط بين العهدين النفسانيين، وتخلّل الزمان أجنبى عن حقيقه العقد، فإذا كان العهد من هذا باقياً، وتحقّق من الآخر عهد – ولو بعد زمان – واشتدّ به وحصل الارتباط بينهما، صدق عنوان العقد.

رأى المحقق النائينى

اشاره

وذكر الميرزا الاستاذ أن العقود على ثلاثه أقسام:

منها: العقود الإذنيه، كالوكاله والعاريه ونحوهما من العقود التى لا التزام بها.

ومنها: العقود العهديه المعاوضيه، كالبيع والصلح.

ومنها: العقود العهديّه غير المعاوضيه، كالرهن والقرض.

أمّا القسم الأوّل، فلا يعتبر فيه الموالاه، بل إن قوامها بالرضا، فمادام موجوداً يكفى وإنْ وقع الفصل بين الايجاب والقبول وبلغ ما بلغ، وتسـميتها بالعقـد مسـامحه أو مجـاز من بـاب علاقـه المشابهه، فهى خارجه عن عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تخصّـصاً، ولـذا لا يرد الإشكال من خروجها بلزوم تخصيص الأكثر، لعدم كون خروجها تخصيصيّاً.

وأمّا القسم الثانى، فيعتبر فيها الموالاه من ناحيتى السـبب والمسبب. أمّا من ناحيه المسبب، فلأن البيع مبادله بين المالين، فكلّ من البائع والمشترى له إضافه ملكيه إلى ما يملكه، فيقع التبادل بين طرفى الإضافه، فيضاف ملك

المشترى وهو الثمن إلى البـائع ويحلّ محلّه المثمن، وملك البائع إلى المشترى ويحلّ محلّه الثمن، على عكس الإرث، حيث يقع التبادل بين المضافين مع حفظ الاضافه والمضاف إليه، أمّا فى الهبه، فالإضافه الملكيه تنقطع.

ففى البيع، لمّا يقع الإيجاب تنخلع الاضافه الملكيه من البائع بالنسـبه إلى ملكه ويتلبّس بكونه مضافاً إلى الثمن، فهو بإيجابه يوجد هـذه المبـادله، ولولاـ اتصـال القبـول به لم يتحقّق، ولـم يحـلّ الثمن محـلّ المثمن، وتبقى الإضـافه الـتى خلعهـا بلاـ مضـاف إليه، والإضافه بلا طرف محال كالخلع بلا لبس.

أمّـا فى النكـاح، فهو يوجـد العلقه فى نفس الأمر، فتحتاج إلى طرف، فلولا اتصال القبول يلزم أن توجـد العلقه فى نفس الأمر بلا طرف، وهو محال ممتنع.

وأمّـا من ناحيه السـبب، فبيانه: إن كلّ مركّب له عنوان واحـد وأثر واحـد، فلابـدّ من الاتصال بين أجزائه، ولـذا يلزم الاتصال بين حروف الكلمه الواحده وبين كلمات الكلام الواحد، ولذا يجب التوالى بين أجزاء الصـلاه والوضوء والقراءه.. وهكذا كلّ مركّب من الافعال، ويعتبر الاتصال بين المسـتثنى والمسـتثنى منه من جهه أنه كلام واحـد وله ظهور واحـد، فلو انفصل فهناک ظهوران، ولـذا لو انفصل المقيّـد عن المطلق، فبناءً على تماميه الظهور فى المطلق يكون تقـدم المقيد عليه من باب تحكيم أقوى الحجّتين، وأمّا مع الاتصال فالظهور منعقد من أوّل الأمر فى المقيّد.

فإذا كان الكلام واحداً، فلابدّ من الاتصال، سواء كان من المتكلّم الواحد أو من اثنين، وإلّا كان هناک عنوانان.

وعليه، فالبيع أمر واحد، والصلح أمر واحد، والنكاح أمر واحد،

والسبب مركّب من إيجاب وقبول، والهيئه الاتصاليه بينهما مقومه لوحده العنوان، فلولا الموالاه لما تحقق العنوان الواحد، وحينئذٍ، فكما لا يصدق «العقد» لا يصدق «البيع» و«التجاره» خلافاً للشيخ، لأن كلّاً من العقد والبيع والتجاره أمر واحد.

وأمّا القسم الثالث، فإنه وإنْ لم تكن معاوضه فوحده السّبب لازمه، ومن هذه الجهه تعتبر الموالاه، حتى يصدق العنوان الواحد.

فإنْ قلت: الهدايا قسمٌ من الهبات، وقد ترسل الهديّه من مكانٍ بعيدٍ وتصل بعد زمانٍ فيتحقق القبول، وتحصل الهبه المعاطاتيّه والمعاطاه سبب واحد، فكيف تصح إذا كانت الموالاه معتبره؟

وكذا فى القرض، فلو أرسل المبلغ ووصل بعد مدّهٍ وحصل القبول، فالقرض المعاطاتى حاصل.

فالجواب بوجهين:

أحدهما: أن هناك يداً طويله وقع التسلّم بها، فلم يقع فاصلٌ.

والثانى: إنه لمّا سلمّ الهديّه إلى الواسطه، جعله وكيلاً عنه فى الإيصال، وإذا أوصلها تحقق الإيجاب من قبل المرسل بالاعطاء والقبول بالأخذ من طرف المرسل إليه، فلم يقع الفصل بينهما، وقد تقدّم فى محلّه أن قبول المعاطاه ليس بإعطاء الثمن، بل إن إيجابها بالإعطاء والقبول بالأخذ، ودفع الثمن إبراء للذمّه.

هذا ما أفاده قدس سره (۱).

۱- ۱) وأنظر منيه الطالب ۱ / ۱۱۱

النّظر فيه

ونقول:

إنه بنـاءً على أن للملكيّه واقعيّه نفس أمريّه، وأنّ البـائع موجـد لهـا والعقـد آله، فإن الإيجاد لا ينفکّ عن الوجود، فلا حاجه إلى القول بعـدم انفكاك الخلع عن اللّبس وأنه يلزم الانفكاك بين المتضايفين. وأيضاً، فإن البائع لا يوجـد الملكيه بالمباشـره، وإنما هو إيجاد للسـبب وهو العقـد، وليس هذا السـبب علّه تامه، بل الجزء الأخير هو قبول المشترى، ولو كان الإيجاب علّهً تامه لكانت الملكيّه حاصـله قبـل آن القبول، لعـدم انفكـاك المعلول عن العلّه، وإذا كـان كلّ من الإيجاب والقبول جزءً من العلّه التامّه، فأىّ مانع من الفصل بينهما مع جواز الفصل بين أجزاء العلّه التامّه؟

هذا كلّه بناءً على المبنى المذكور المتراءى من المشهور.

وأمـا بنـاءً على مـا هـو التحقيق - من أن الملكيّه ليست من الامـور المتأصّـله فى الوجود، بـل الملكيّه والزوجيّه ونحو ذلـک امور اعتبـاريه، وكـلّ أمر اعتبـارى فقوامه نفس المعتبر - فالبـائع بمـا أنه أحـد العقلاء يعتبر المبادله الملكيّه بين المالين، وهـذا الاعتبار يكـون موضوعـاً لاعتبـار العقلاء والاعتبـار الشـرعى، والملكيّه العقلائيّه والشـرعيّه قائمـان كـذلک بنفس المعتـبر، لأنهمـا أمران اعتباريّان، فلا يعقل أن يكون الموجب موجداً لاعتبار العقلاء والشارع، لا بالآله ولا بالتسبيب، بل ليس لإيجابه آليّه لاعتبار نفسـه أيضاً، لأن ملكيّته قائمه باعتباره، وبالإيجاب يُظهر اعتباره.

ثم إنه فى آن اعتبار الموجب للمبادله بين المالين، يتحقّق له اعتبار

الخلع واللبس والإضافه، ويكون اعتبار العقلاء والشرع بعد مجئ القبول، وأمّا قبله فلا خلع ولبس فى اعتبارهما، وإذا كان كذلك، فلا مانع من الفصل بين الإيجاب والقبول، لأن الاعتبار العقلائى والشرعى متوقف على القبول، فمتى تحقّق تحقق الاعتباران.

وبما ذكرنا يظهر، أنه ليس هناك ولا آن واحد يكون فيه خلع بلا لبس، أو انفكاك بين المضاف والمضاف إليه، لأنه فى ظرف اعتبار الموجب الخلع واللبس متحققان، ومادام لم يأتِ القبول فلا خلع ولا لبس من ناحيه العقلاء والشارع.

وعلى هذا، فلو قال الموجب: «بعتك متاعى بكذا» فَجعَل المشترى يفكّر أو يشاور وطالت المدّه ساعةً، فقال بعد ذلك «قبلت» تحقق البيع وترتب عليه الأثر.

رأى المحقق الإيروانى والنظر فيه

وقال المحقق الإيروانى:

لا فرق بين لفظى البيع والتجاره ولفظ العقد فى الصّدق مع انتفاء التوالى كالصّدق مع التوالى، وكأنّ توهم الفرق من تخيّل أن العقد اسم للّفظ أعنى المجموع المركّب من الإيجاب والقبول، مع أنّ المنقول عن أهل اللغه أنه العهد أو العهد المشدّد. وكأن اعتبار التوالى ناش من اعتبار المطابقه بين الإيجاب والقبول، بتوهّم عدم حصول المطابقه مع التأخر، لأنّ الإيجاب أفاد النقل من الحين، فإذا تأخّر القبول، فإمّا أن يكون قبوله قبولاً لتمام مضمون الإيجاب، فيلزم من صحته حصول النقل من حين الإيجاب كما فى الإجازه

ص:١٢٠

على القول بالكشف، فيكون النقل حاصلاً قبل حصول تمام العقد وذلك باطل، أو يكون قبولاً لبعض مضمون الإيجاب، أعنى النقل من حين تحقق القبول، فيلزم عدم المطابقه بين الإيجاب والقبول، وهذا المحذور وإنْ كان يعمّ صوره التوالى أيضاً لتحقّق الفصل هناك أيضاً ولو بيسير، لكن هذا المقدار من التخالف لا يضرّ بالمطابقه العرفيّه، فلا يوجب الحكم بالفساد» (١).

وتقريبه: إنّه لمّا يوجب البايع البيع يُوجد التمليك فى حين الإيجاب، ويعتبر مجئ القبول فى نفس الحين حتى يتحقق البيع، أمّا لو جاء متأخّراً بزمان معتد به، فإنْ أفاد النقل فى حال الإيجاب لزم تحقق النقل قبل القبول وهذا خلف، وإنْ أفاد النقل فى حاله، لم يتحقّق التطابق بين الإيجاب والقبول.

وفيه:

إن المراد من المطابقه المعتبره بين الإيجاب والقبول هو ورودهما على الشىء الواحد بخصوصيّاته، وهو حاصل هنا، لأنّ الذى ينشؤه الموجب هو طبيعى الملكيه، و«الحين» ظرف للانشاء لا قيد للملكيه المتحقّقه بالإنشاء، إذ الزمان دائماً ظرف للإنشاء لا قيد للمنشأ، وكذلك القبول، فإنه يتعلّق بالطبيعى، وهذا هو التطابق، سواء اتّصل القبول أو انفصل، بمقتضى الاطلاقات.

وأمّا ما قيل فى وجه اعتبار الموالاه، من أنّ آيه الحلّ فى مقام التشريع

ص:١٢١

١- ١) حاشيه المكاسب: ٩٠

فلا إطلاق لها ليتمسّك به، وما قيل فی آيه الوفاء من أنّ اللّام للعهد، والعقود المعهوده المتعارفه لم يفصل فيها بين الإيجاب والقبول، فلا دليل على جواز الفصل، فقد عرفت الجواب عنهما فی البحوث السّابقه.

وعلى الجمله، فقد ذكر الشيخ أنه لا يلزم صدق عنوان «العقد»، إذ يكفی صدق «البيع»، فقسّم الميرزا الاستاذ المعاملات إلى ثلاثه أقسام، وأن أيّاً منها يسمی عقداً ويتمسّك بآيه الوفاء فيه وأيّاً منها ليس بعقد فی الحقيقه، وقد تكلّمنا على ما أفاده بالتفصيل.

وما أفاده من اعتبار الوحده متين جدّاً بالنسبه إلى فعل الشخص الواحد، فإنّ المشی الواحد من الإنسان مثلًا إنما يصدق إذا لم يتخلّله عدم الحركه المناسب له، فلو تخلّله خرج عن الوحده وتعدّد، والتكلّم الواحد والقراءه الواحده ونحوهما كذلك، فإنّ التكلّم أمر تدريجی، ولا يضرّ بوحدته السكوت الجزئی فی الأثناء، أمّا لو سكت سكوتاً صدق عليه عدم التكلّم فلا، فلو تكلّم بعد ذلك كان كلاماً آخر لا استمراراً للسابق.

إذن، لو كان الفعل من شخص واحدٍ واعتبر فيه الوحده، لزم أن لا يتخلّله العدم البديل وإلّا خرج عن الوحده.

أمّا لو كان المطلوب تحقق فعلين من شخصين يوجدان أمراً واحداً، فما الدليل على أن يكون فعل أحدهما متّصلًا بفعل الآخر حتى يوجد ذلك الأمر الواحد؟

وقد كان شيخنا الميرزا يعتبر الوحده الحقيقيّه، ولذا كان يمثّل بالقراءه والأذان والكلام.

رأی المحقق الإصفهانی

أمّا شیخنا الاستاذ فاعتبر الوحده العرفیه، وهذه عبارته:

«غایه ما یمکن أن یقال فی تقریب الموالاه بین الإیجاب والقبول هو: إنّ الإیجاب والقبول حیث أنهما قائمان بأثر، فلهما بنظر العرف جهه وحده، فکأن الواحد قائم بأثر واحد، فلابدّ من کونهما علی نحوٍ من الاتّصال العرفی، فکأنه کلام واحد بوحده اتصالیّه یقوم بأثر واحد، وعلیه، فلا فرق بین دلیل الوفاء بالعقد ودلیل حلیّه العقد، فإنّ المدار لیس علی ما یقتضیه عنوان العقد، بل علی ما یقتضیه قیام ما هو کالواحد بأثر واحد» (۱).

أقول:

کلّ مرکب معنون بعنوان واحد ذی أثر واحد، فإنّ صدق عنوان المرکب بمجیء الجزء الأخیر منه وإلّا لم یصدق علیه العنوان، نعم، یلزم استمرار وجود الأجزاء المتقدّمه حتی مجیء الأخیر، وعلیه، فلمّا کان للإیجاب والقبول فی المعاملات طریقیّه إلی حصول الأمر المعنوی الذی هو عباره عن العهد النفسانی، فلابدّ من بقاء العهد من الموجب حتی یأتی القبول وهو العهد من المشتری، والأثر إنما یترتب بعد مجیئه لأنه الجزء الأخیر للعلّه التامه، وإذا کان الأمر کذلک، لم یضرّ الفصل بین الإیجاب والقبول، سواء کان قصیراً أو طویلاً، فالقول ب«کأنه کلام واحد...» صرف تشبیه ولا أثر له، بعد وضوح واقع الحال فی المطلب، وقد تقدّم أن «اللام» فی العقود لیس للعهد،

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۲۸۴ - ۲۸۵

وأنّ الإطلاق فى آیه الحلّ تام(١).

ص:١٢۴

مسأله التنجيز فی العقد

اشاره

قال الشیخ:

ومن جمله الشرائط التی ذکرها جماعه: التنجیز فی العقد، بأنْ لا یکون معلّقاً علی شیء بأداه الشرط، بأنْ یقصد المتعاقدان انعقاد المعامله فی صوره وجود ذلک الشیء لا فی غیرها... .

أقول:

قد نسب إلی المشهور بل ادعی علیه الإجماع: اعتبار التنجیز فی العقد وأنّ التعلیق مبطل.

فإنْ کان المراد کون نفس الإنشاء معلّقاً، فإنّ الإنشاء من أنحاء التکلّم الدائر أمره بین الوجود والعدم، إذ الإنسان إمّا متکلّم وإمّا غیر متکلّم، فلا یعقل وقوع التعلیق فی الإنشاء.

ثم إن الإنشاء والمنشأ واحد حقیقهً، فإذا لم یکن الإنشاء معلّقاً فالمنشأ به غیر معلّق کذلک، فلابد من تصوّر التعلیق فیما عدا الإنشاء والمنشأ.

ثم إن للتعلیق أنحاء، فقد ینشئ الإنسان المفهوم التعلیقی ولا- یعلم هل یتحقق ذلک المفهوم فی الخارج أوْ لا یتحقق، فیکون التعلیق مرتبطاً بتحقق الشیء فی الخارج.

وقد یکون التعلیق مربوطاً بقصده الجدّی، کما لو قال: «إن کنت صدیقی بعتک هذا» و«إن کنت عادلاً بعتک هذا» فالإنشاء والمنشأ فعلیّان إلّا أن القصد الجدّی معلّق.

ص:۱۲۵

وقـد يكون فى آثار مضـمون العقد المسـتقر، كأن يقول: «أنت وكيلى فى بيع هذا على أن يكون بيعه فى وقت رواج هذا المتاع» فهو وكيل له الآن، لكنّ تصديه للبيع أى الموكّل فيه، معلّق بالوقت الكذائى.

فظهر أن لا معنى للتعليق فى الإنشاء والمنشأ، وإنما هو فى الجهات المذكوره الخارجه عنهما.

ثم إنّ الشـيخ بعد أنْ أورد كلمات الأصـحاب فى أصل الاشتراط وذكر أنه «لا شبهه فى اتفاقهم على الحكم» وكلماتهم المختلفه فى وجه الاشتراط، قال:

«وتفصـيل الكلام، أنّ المعلّق عليه: إمّا أن يكـون معلوم التّحقق وإمّا أن يكون محتمـل التحقق، وعلى الوجهين، فإمّا أنْ يكون تحققه المعلوم أو المحتمل فى الحال أو المستقبل» فهذه أربعه تقادير.

ثم قال:

«وعلى التقادير، فإمّا أن يكون الشرط مما يكون مصحّحاً... أو مما يصح...

وكون المشترى ممن يصح... وممن يجوز العقد معه... وإما أن لا يكون كذلك».

أقول:

كـان الأولى أن يقـول: الشـرط المعلّق عليه، إمّا معلـوم التحقـق، وإمّا مجهول التحقّق، وظرف التحقق، إمّا هو الحـال وإمّا هو المستقبل، فهذه أربعه تقادير.

ثم المعلّق عليه على التقـادير المـذكوره، إمّا هو دخيـل فى قوام العقـد كالقبول، مثل قوله: بعتك هـذا إنْ قبلت، إذ القبول مقوّم لمـاهيه العقـد، أو هو دخيـل فى الموضوع كقوله: زوّجتـك إن كنت محلّاً، فالإحلال من الإحرام دخيل فى صـحه العقـد ومقوّم لموضوعه، والمقوّم للموضوع تاره: يكون

مقوّماً له شرعاً كما ذكر، واخرى: يكون مقوّماً له فى نظره واعتباره كقوله: «إن كنت صديقى بعتك هذا». وثالثه: يكون دخيلًا فى صحه العقد من جهه شرائط المتعاوضين، كأن يقول: إنْ كنت بالغاً بعتك هذا، إن كنت مالكاً للثمن فقد بعتك مالى به، ورابعه: يكون دخيلًا فى صحه العقد من جهه شرائط العوضين، كقوله: بعتك هذا بدارك إن لم تكن وقفاً، وخامساً: لا يكون شىء من ذلك، مثل: بعتك هذا إن كان يوم الجمعه.

فهذه سته تقادير، وبالنظر إلى الأربعه، فالمجموع أربعه وعشرون تقديراً.

لكنّ الأولى: جعل التقديرين فيما هو دخيل فى الموضوع واحداً، وجعل تقديرى ما هو دخيل فى صحه العقد من جهه شرائط المتعاقدين، ومن جهه شرائط العوضين واحداً، فتكون التقادير أربعه، والأربعه فى الأربعه سته عشر.

أدله اعتبار التنجيز

اشاره

قال الشيخ:

وأمّا الكلام فى وجه الإشتراط.

اشاره

أقول:

واستدلّوا لاعتبار التنجيز بوجوه:

الأوّل: قولهم: لا يعقل التعليق فى الإنشاء.

قلت: إن تحقّق التعليق فى الإنشاء معلوم العدم، ومثل ذلك لا معنى

للبحث عن بطلانه وعدم معقوليته(١).

ص:١٢٨

الثانی: الإجماع علی التنجیز.

قلت: قد یستفاد من کلمات بعض الأعلام أنّ التعلیق یوجب عدم الجزم، وعلیه، فإنّ عدم التنجیز ینحصر بما إذا کان المعلّق علیه مجهولاً ـ فی الحین أو فی المستقبل، فلو علّق علی ما هو معلوم الحصول کقوله: بعتک هذا إن کان الیوم یوم جمعه، فإنّ الجزم موجود فی ذلک، فلیس قولهم بأنّ التعلیق ینافی الجزم علی إطلاقه.

وقد یستفاد من کلام بعض آخر: أنّ التعلیق یستلزم انفکاک المنشأ فی مقام الفعلیّه فی الخارج عن المنشأ فی مقام الإنشاء، فکأنّهم یعتبرون عدم الانفکاک بینهما، نظیر البحث فی الواجب المعلّق، بمعنی: أنه إن علّق الملکیّه

على شـيء كأنْ يقول: ملّكتك إن جاء زيـد غـداً فالملكيّه تتحقّق للطرف بعد حصول المعلّق عليه، فانفكّ التمليك عن الملكيه، مع أن نسبه أحدهما إلى الآخر نسبه الايجاد إلى الوجود فى كونهما واحداً حقيقهً.

وبعباره اخرى: إن كان التمليك قبل مجئ زيد، فهذا خلف، وإن كان بعده، لزم الانفكاك.

لكنّ هذا المعنى منحصر بما يكون التعليق استقبالياً، أعمّ من أن يكون معلوماً أو مجهولاً.

إذا عرفت هذا، فإن القدر المتيقن من معقد الإجماع هو مجمع المحذورين، وهو أنْ يكون مجهولاً استقباليّاً. هذا أوّلاً.

وثانياً: فإن هذا الإجماع نظرى وليس بالإجماع الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام أو الدليل المعتبر(١).

الثالث: إنّ العقد المتضمّن للتعليق غير مشمولٍ لآيه الوفاء.

قلت: كـأنه من بـاب أنّ كـلّ عـام أو مطلق اسـند إليه حكم يختص ببعض الأفراد يكون مخصّـصاً، كمـا قـال الشـيخ فى مبـاحث الإستصحاب (١): أن لفظ

ص:١٣٠

١- ١) فرائد الأصول ٣ / ٧٩

فی الآیه نستکشف عدم تقیّد الموضوع وهو العقد، وإلّا یلزم تخلّف الحکم عن موضوعه.

والجواب:

إن هذا مبنی علی أنْ یکون المراد من «أوفوا» ترتیب الأثر، وأمّا إنْ کان المراد هو ترتیب المقتضی علی المقتضی، فمعنی الآیه: هو العمل بمقتضی العقد، فإنْ کان منجزاً، اقتضی ترتیب الأثر بالفعل، وإن کان معلّقاً اقتضی ترتیب الأثر علی حسب التعلیق ومقتضاه.

فالآیه المبارکه علی عمومها، ووجوب الوفاء مطلق لا مشروط، وقد وقع الاشتباه فی معنی «الوفاء»(۱).

علی أن هناک موارد کثیره لا یترتب فیها الأثر بمجرّد وقوع العقد، ففی بیع الصّرف وکذا فی الوقف والهبه مثلاً: لا تحصل الملکیه إلا بعد القبض، ولا یقول أحد بأن أدلّه هذه الموارد مخصّصه لعموم الآیه، والسّر فی ذلک هو ما ذکرناه من معنی «الوفاء».

الرابع: إنّ الإنشاءات مبتنیه علی الجدّ والجزم

، والتعلیق ینافی الجدّ والجزم.

وهذا الوجه موجود فی کلمات جلّ الأساطین.

ولکنّه أخصّ من المدّعی کما لا یخفی. ثم إنّه:

تاره: هو متردّد فی فعله غیر جازم به، فهذا باطل، واخری: هو جادّ فی فعله بداعی تحقق المعلّق علیه، لکنه جاهل بما هو کائن فی الخارج، فهذا لا إشکال فیه، فکما یصح الإخبار عن جزم کأنْ یقول: إن جاء زید غداً یکون کذا، ولا یدری هل زید یجیء أوْ لا، لکنّه یعلم بأنه سیکون کذا علی تقدیر مجیئه، کذلک الإنشاء بقوله: بعتک هذا إنْ جاء زید غداً، فهو یبیع عن جدّ وجزم ولکنّه لا یدری هل سیجئ زید حقّاً أوْ لا، فإذن، لا تعلیق فی إنشائه، وجهله بحال المعلّق علیه غیر مضر(۱).

الخامس: إنّ التعلیق عباره عن التقیید،

فلو قال: ملکتک إن جاء فلان غداً، لم یکن قیداً للنسبه، لکونها غیر قابله للتقیید لجزئیتها، والتقیید دائماً یتوجّه إلی المعانی الکلیّه، والمعنی الحرفی جزئی. أو فقل: إن النسبه غیر ملحوظه باللحاظ الاستقلالی، فلا تقبل التقیید. مضافاً: إلی أن النسبه قائمه دائماً بطرفیها، فلو تقیّدت تقیّد التملیک أیضاً، فیکون إخباراً عن أنه سیملّک إنْ جاء فلان غداً، ولا یکون إنشاءً، وعلی فرض کونه إنشاء یلزم تفکیک المنشأ عن الإنشاء.

والجواب، بناءً علی التحقیق من أنّ المعنی الحرفی لا یقبل التقیید لکونه جزئیاً، والنسبه معنیً حرفی، وبناءً علی التحقیق من أن التعلیق غیر التقیید: إن لقوله «ملّکتک» نسبتین، نسبه إلی البائع نفسه ونسبه إلی المشتری، فإن کان التعلیق قیداً للمالک لزم الإشکال، إذ لازمه أن لا یکون التملیک فعلیاً،

وإنْ كان قيداً للمشترى، فلا محذور أصلاً، لإمكان كون نفس هذا الجزئى بالذات معلّقاً على شيء.

فالبائع يعتبر فعلاً الملكيّه المضافه إلى المشترى إن جاء زيد فى الغد، فالتمليك فعليٌّ من قبل البائع، والملكيّه فى الغد - على التقدير المذكور - حاصله فعلاً للمشترى فى عالم الاعتبار باعتبارٍ من البائع.

السادس: ما ذكره الميرزا الاستاذ قدّس سرّه من أن التعليق

قد يناط به صحه العقد أو الإيقاع، كأنْ يقول: بعت هذا المتاع إنْ كان ملكاً لى، اعتقت هذا إن كان عبدى، ففى مثله لا مانع من التعليق، لأنه نظير القضيه الحقيقيّه التى انيط الحكم على ثبوت الموضوع وعلّق عليه، وفيما نحن فيه كذلك، فإن قوام العقد أن يكون المال ملكاً للبائع، وكذا فى العتق... فإن طبع المطلب هو وجود الإناطه.

وأمّا فى غير ما ذكر، فلمّا كانت العقود الشرعيّه نظير العهود المتعارفه بين عامّه النّاس، فما أمر اللّه بالوفاء به، وما أحلّه، عباره عمّا هو متداول بين الناس كافّه، وهو ما ليس بمعلّق - وأمّا ما يكون بين الملوك والدول من العهود التعليقيّه، فذاك نادر - فالآيات ناظره إلى ما هو متعارفٌ بين الناس، لكونها إمضاءً لها... فالعقود التعليقيّه على خلاف المتعارف والأدلّه غير شامله لها.

وعلاوةً على تنزيل الأدلّه على ما هو المتعارف، يمكن أنْ يقال: إنّ المتعارف هو القدر المتيقن فى مقام التخاطب، فلو قال المولى لعبده: إمش إلى السوق، كان المتيقّن من المأمور به هو المشى المتعارف، فلا يقال إنه عام ليشمل المشى القهقرائى.

ص:١٣۴

وكـذا لو أمره بأكـل الطعـام، فليس له الأكـل من القفـا أخـذاً بإطلاـق الكلام، وهو يحتمل أن المولى يريـد الكيفيّه المتعارفه من الأكل.

وهنا: القدر المتيقن فى مقام التخاطب هو غير المعلّق.

والجواب:

إنّ هـذا الوجه يتوقّف على تماميّه دعوى أنّ موضوع آيه الوفاء ليس إلّا العقود المتعارفه، وذلك أوّل الكلام، بل العموم فى الآيه المباركه محكّم كما ذكرنا مراراً.

وبعد:

فـإنّ الوجوه المقـامه على بطلاـن التعليق فى العقود منها شـرعيه، مثل الإجماع، وآيه الوفاء بالعقود، بـدعوى أنّ موضوعها العقود المتعارفه والتعليق ليس بمتعارف، فالعقد المعلّق غير نافذ شرعاً.

وقـد عرفت أنّ الإجماع المـدّعى فى المسأله ليس بالإجماع الكاشف عن رأى المعصوم أو الـدليل المعتبر، فهو ليس بحجّه، وأنّ العموم فى الآيه المباركه ثابت ولا مجال لرفع اليد عن عمومها.

ومنها: عقليّه، مثل أنّ الإنسان إذا أراد تحقّق شـيء اعتبر أنْ يكون الشـيء ممكن التحقّق حتى تتعلّق به الإراده، ومع جهله بتحقّقه خارجاً لا تكون إرادته له جديّةً.

وقد تقدم الجواب عنه.

ومثل: لزوم انفكاك الإنشاء عن المنشأ.

وقد تقدّم الجواب عنه كذلك.

ص:١٣٥

ونقول أيضاً:

إنّ القضايا التعليقيّه إمّا شرطيه أو غير شرطيّه، ففى الشّرطيّه: مقدّم وتالى، فإذا قال: إن جاء ابنى غداً ملّكتك هذا بهذا، فمجئ الولد غداً هو المقدّم والتمليك هو التالى، وهو تابع للمقدّم، فإن كان حاليّاً فهو حالى وإن كان استقبالياً فهو استقبالى، لكنّ الكلام فى أنّ أيّهما المعلّق؟ وإذا كان هو التالى، فإنّ: ملّكتك هذا بهذا الواقع تالياً فى هذه القضيه، مركّب من المادّه والهيئه، فالمادّه هى التمليك، والهيئه هيئه اسناد الماده إلى الفاعل، وإسنادها إلى الطرف المقابل، وإسنادها إلى الملك الذى يقع عليه البيع مثلاً وهو المتاع، فأين يقع التعليق على مجئ زيد فى الغد؟

إن كان للمادّه، فإنّ الزمان من الأعراض، فلا يعرض العرض ولا يعرض الأمر الاعتبارى بالأولويّه، لكنْ يصحّ أنْ يكون مقدّراً للعناوين الاعتباريه بالأفعال، كما إذا قال: «صلّيت فى اليوم»، فالصّلاه عرض لا جوهر، و«اليوم» مقدّر ومحدّد له، وكذا «تكلّم فى الليل» و«خَطَب ساعةً» وغير ذلك، فقوله: إن جاء ابنى غداً ملّكتك متاعى، إنْ كان إنشاءً الآن للملكيه فى الغد، فلا بأس به، فالإنشاء والمنشأ - وهو الملكيه فى عالم الاعتبار - حاصلان الآن، وأمّا الملكيه الخارجيّه فهى فى الغد.

وبالجمله، فإنّه قد أنشأ ملكيةً خاصّه وهى الملكيه فى الغد، فالملكيّه الإنشائيّه فعليه كالإنشاء ولا انفكاك بينهما، - وإنّما الخارجيه غير فعليّه، ولو يفرض لها الفعليّه يلزم الإنفكاك بين الإنشاء والمنشأ - فالإنشاء كالإخبار كأن يقول له: أنت مالك لهذا المتاع إنْ جاء زيد غداً، فكما يصحّ هذا القول - والإخبار لا ينفك عن الخبر - فكذلك الإنشاء.

ص:١٣٦

نعم، يتوقف ترتّب الأثر الشرعی علی هذا الإنشاء علی وجود دلیلٍ من قبل الشارع، وهو عموم آیه الوفاء.

وتلخص: انتفاء محذور الانفکاک.

ومثل: إنّه لو علّق مضمون العقد بشیء، فإن کان موجوداً بالفعل فخلف، لکونه خلاف مقتضی الإنشاء لأنه قد علّقه علی الغد مثلًا، وإنْ کان وجوده بعد حصول الأمر التقدیری، یلزم انفکاک الوجود عن الوجود، وهو مستحیل.

والجواب: إن مضمون العقد «ملّکتک هذا إن جاء زید غداً» مشتمل علی مادّه وثلاث نسب ومتعلّقات.

والتّعلیق، إمّا یکون فی مادّه الملکیّه، وهی من المعانی الکلیّه، بأن یلحظ الملکیه المعلّقه وینشئها فتوجد فی عالم الاعتبار، فیکون التعلیق مضیّقاً لدائره المفهوم الکلّی الوسیع اعتباراً، ولا إشکال.

وقد کان منشأ الوهم: إنّ الإنشاء فعلی والملکیّه تحصل للطرف فی الغد إنْ جاء زید، فلزم الانفکاک.

لکنه یندفع بما ذکرنا، من أنّ الملکیّه الاعتباریّه المنشأه فعلیّه کذلک، والذی یکون فی الغد علی التقدیر هو الملکیّه الواقعیّه الخارجیّه.

وعلی الجمله، فإنّ المعتبر بإنشائه هو الملکیه الخاصّه - أی المعلقه علی القید المذکور - وهی موجوده بوجود الإنشاء، لأن الانشاء والمنشأ واحد فی الحقیقه ووجودهما واحد، فلا انفکاک.

وإنْ کان التعلیق للنسبه، فإن کان لنسبه المادّه إلی المفعول الأوّل أو الثانی، فالأمر سهل، إذ یقول: «أنشأت ملکیّه هذا المتاع لک إن فعلت کذا»

ولاـ مانع منه، إذ المقوّم للنسبه هو المضاف وهو الملكيه الخاصّه، وإنْ كان لنسبه الماده إلى الفاعل البائع، فهو ممتنع، لأن معنى ذلك أن تمليكه المتاع للطرف الآخر إنّما هو فى الغد، فكان الإنشاء والاعتبار فعليّاً لكن المنشأ والمعتبر فى الغد، فيحصل الانفكاك، وهو محال، أو يخرج الكلام عن كونه إنشاءً ويكون إخباراً.

فظهر أن التعليق إن كان راجعاً إلى المادّه أو إلى المفعول، فلا محذور، وإنما المحذور فى صوره الإسناد إلى الفاعل.

ص:١٣٨

مسأله التطابق بين الإيجاب والقبول

قال الشيخ:

ومن جمله الشروط التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو اختلفا فى المضمون، بأنْ أوجب البائع البيع على وجهٍ خاص، من حيث خصوص المشترى أو المثمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشترى على وجهٍ آخر، لم ينعقد. ووجه هذا الاشتراط واضح... .

أقول:

ليس المراد المطابقه اللّفظيه بل المطابقه من حيث المعنى، فلمّا كان العقد هو العهد المشدود والمرتبط بعهدٍ آخر، فلابدّ وأن يتطابق العهدان، إذ العقد فى الحقيقه هو التعاهد، ولولا التطابق لم يتحقّق التعاهد.

فمقتضى العقد هو التطابق بين الإيجاب والقبول، فلو قال: بعتك هذا، وقال الآخر بدل قبلت البيع: قبلت الصلح، لم يكن التطابق، بل هما إنشاءان أجنبيّان لا ربط لأحدهما بالآخر. إذن، يجب أنْ يكون الإيجاب والقبول ماهيةً واحدةً.

وأيضاً: يعتبر الوحده بين العوضين، فلو كان المبيع هو الحنطه ومورد القبول هو الشعير، لم يتحقق العقد؛ ولو باع الحنطه بعشره دراهم فقال المشترى: قبلت الحنطه بخمسه دراهم، لم ينعقد البيع.

وأيضاً: يعتبر الوحده فى المتعاقدين، فلو قال: بعته من موكّلك بكذا، فقال: اشتريته لنفسى، لم ينعقد.

ص:١٣٩

وهـذا فى الجمله ضـرورى، وهو من القضايا التى قياساتها معها، لأن العقد - كما ذكرنا مراراً - هو العهد المؤكد أو المشدّد، أى المرتبط بعهدٍ، فهو معاهده بين طرفين، ولولا المطابقه لم يتحقق المعاهده، بل هما كلامان أجنبيان.

إنّ كـلّ عقـد فهو مركّب من المـاهيه، أى مـاهيّه المعـامله كـالبيع والإجـاره والنكاح، ومن المتعاقـدين، وممّا يقع عليه العقـد من العوضين كما فى البيع، أو لا عوض له كالهبه والوقف والرهن، ومن المتعلّقات.

المطـابقه ضـروريّه فى المـاهيّه، فلـو قـال: «بعتـک الجـاريه بكـذا» فكـان القبـول: «قبلت تزويجهـا» أو قـال: بعتـک الـدار، فقـال: استأجرتها... وهكذا، بطل العقد، لعدم المطابقه بين الإيجاب والقبول فى ماهيّته.

وأمّا المتعاقدان، ففيه تفصيل.

فـإنْ كانـا ركنين فى العقـد كمـا فى النكاح والبيع، فلابـدّ من تعيينهما من حيث الأصاله والوكاله والتطابق، فلو قال: بعتک الـدار فقال: قبلت البيع لموكّلى، بطل.

وإنْ لم يكونا ركنين.

فتـارةً: يصـرّح من حيث الأصـاله والوكـاله، كـأن يقـول: بعت هـذا لنفسـک، فلـو قـال: قبلت لموكّلى، بطـل، أو يقول: بعت هـذا لموكّلـک، فيقول: قبلت لنفسـى، كـان باطلاً فالتطـابق فى هـذه الصوره معتبره كـذلک، ولولاـه فلا معاهـده بينهما، والعقـد غير متحقّق.

واخرى: لا يصرّح، وفيه تفصيلٌ أيضاً.

فإنْ كان المبيع عيناً خارجيّه، ولا تفاوت فى الغرض بين الأشخاص،

كما لو قال: «بعتك هذا» وهو يرى أنه سيقبل لنفسه لكنه قال: «قبلت لموكّلى» صحّ العقد، لأنه لم يصرّح بالأصاله والوكاله، ولم يتعلّق غرضه بأنْ يملّك العين لشخص القابل. ولو قال: بعتك هذا، فقال الوكيل: قبلت لموكّلى، كان صحيحاً بالأولويه.

وأمّا إن كان أحد العوضين فى الذمّه ولا تصريح من حيث الأصاله والوكاله، كأن يقول: بعتك هذا بكذا فى ذمّتك، أو يبيع الحنطه التى فى ذمّته بكذا ثمنٍ نقداً فيقول: قبلت لموكّلى، ففيه إشكال، لأنّ الموجود فى الذمه متشخّص بها، والشىء فى ذمّه زيد يغايره فى ذمّه عمرو، وإنْ كانا متماثلين فى الجنس والخصوصيات، فلم يتوارد الايجاب والقبول على المورد الواحد.

وأمّا التطابق فى العوضين، فقد يبيع الشىء المعلوم بجميع خصوصيّاته كأن يقول: بعتك هذه الحنطه بعشره دراهم، فيقول المشترى: اشتريت نصفها بخمسه دراهم. وقد يبيع الشيئين المتماثلين لاثنين بايجاب واحدٍ بثمن واحد، يقول: بعتكما هذين الشيئين بكذا، فيقول أحدهما: اشتريت أحدهما بنصف القيمه، وأمّا الثانى فلا يقبل، وقد يبيع الشىء بثمنٍ فيقبله المشترى بأكثر منه، كأن يقول: بعتك هذا بخمسه دراهم، فيقول المشترى:

قبلت بعشره دراهم. وقد يبيع الشىء المشاع لاثنين، كأنْ يبيع كميّه خاصّه من الحنطه لهما بعشره دراهم، فيقول أحدهما: قبلت هذا النصف المعيَّن بخمسه دراهم، ويقول الآخر: قبلت النصف الآخر بخمسه دراهم. أو قال البائع: بعتكما هاتين الصبرتين مشاعاً بعشره دراهم، فقبل كلٌّ منهما احدى الصبرتين بخمسه دراهم.

وأمّا التطابق فی الخصوصیات، كأنْ یبیع مشترطاً لنفسه خیار الفسخ فیقول: بعتک هذا بهذا علی أنْ یكون لی خیار الفسخ، فیقبل المشتری البیع دون الخیار، أو یقول: بعتک هذا بهذا بشترط أن تخیط لی ثوباً، فیقبل البیع بلا شرطٍ.

فالمشهور بین الفقهاء: أن تعذّر الشرط أو تخلّفه موجب للخیار، فیظهر أن الشرط أمر خارجی لا یوجب تخلّفه بطلان العقد، وعلیه، فما الدلیل علی البطلان فی هذا الفرض كما اختار الشیخ؟

وأیضاً، فقد اتفقوا علی ثبوت خیار تبعض الصفقه للمشتری، فله أنْ یحتفظ بما یقبل التملّک من المبیع ببعض الثمن، وهذا هو مقتضی القاعده، فلماذا یكون البیع باطلاً إنْ اشتری النصف بنصف الثمن؟

وبالجمله: إذا كان خیار تخلّف الشرط وخیار تبعّض الثمن علی القاعده، كان مقتضی تلک القاعده القول بثبوت الخیار فیما نحن فیه.

ولكلٍّ من استادینا هنا بیان:

فقال المیرزا الاستاذ: إن ثبوت خیار تبعّض الصفقه فرع لصحّه العقد، فلا یكون ثبوته منشأ لصحّته(١).

ص:١۴٢

وقال شيخنا الاستاذ: «صحه العقد فى مورد تبعض الصفقه إذا كانت على القاعده، فلا محاله يتوقف الصحّه على وقوع المعاقده على الفاقد للشرط وعلى بعض الصفقه، وحينئذٍ فالقبول بلا شرط أو قبول النصف بنصف الثمن، لا يمنع عن تحقق المعاقده، فاللّازم تحقق المعاقده بالإضافه إلى ما يراد الحكم بصحته. فتدبر» (١).

أى: إن معنى ثبوت الخيار فى الموردين هو أنّ تبعّض الصفقه وتخلّف الشرط لا ينافيان تحقق المعاقده، ولو كانا ينافيانه لقالوا بالبطلان، فلماذا تقولون هنا بالبطلان؟

وعلى الجمله، فإنّ مقتضى القاعده ثبوت الخيار، كسائر موارد خيار تخلّف الشرط وخيار تبعّض الصفقه، فالقول بكون الخيار فى تلك الموارد على القاعده، والقول ببطلان البيع هنا متنافيان، إذ لا فرق بين صوره تخلّف الشّرط بعد وقوع البيع، وصوره عدم قبوله من أوّل الأمر.

وما ذكره الميرزا الاستاذ من أنّ سبب ثبوت الخيار عند تبعّض الصفقه - فيجوز له أنْ يحتفظ ببعض المال ببعض الثمن - هو وقوع العقد صحيحاً على ذلك البعض الذى يمسكه المشترى، وكذا فى مورد تخلّف الشرط، فإنّ

١- ١) حاشيه المكاسب ١ / ٢٩١

جواز احتفاظه بالشیء مع تخلّف العقد متفرع علی صحّه العقد الواقع علی ذات المبیع.

فیه: إنّ ثبوت خیار تبعض الصّفقه لیس علی أثر صحه العقد، بل هو علی أثر نفوذ العقد بالنسبه إلی بعض الصفقه وعدم نفوذه بالنسبه إلی البعض الآخر، وهذا بعینه یقتضی ثبوت الخیار فیما نحن فیه، لأنّ العقد بالنسبه إلی ما قُبل نافذ وبالنسبه إلی ما لم یُقبل غیر نافذ، فلا فرق بین مورد البحث وموارد خیار تبعّض الصّفقه... وکذا الأمر فی خیار تخلّف الشرط بلا فرق.

وبعباره اخری: منشأ الخیار هو تأثیر العقد فی البعض، بأنْ یکون مالکاً له لصحه العقد، وعدم تأثیره فی البعض الآخر، لعدم کونه ملکاً للبائع أو کون فاسداً مثلاً، فالعقد بالنسبه إلیه فاسد، وهذا المنشأ بعینه موجود فیما نحن فیه، ولا وجه للقول بالفساد هنا(۱).

والتحقیق:

فیما لو باع شیئاً وقبل المشتری نصفه بنصف الثمن، وأمثال ذلک، إنه إذا عرضت صفه علی مرکّبٍ فإنها تنبسط علی جمیع أجزائه، لأن المرکب عباره عن نفس الأجزاء بالأصل، فکلّ جزء من أجزائه یتّصف بتلک الصفه

لا محاله، فإذا باع مجموع الصّفقه فقد عرضت الملكيه على أجزاء تلك الصفقه بأسرها، فإذا قبل المشترى بعض الصّفقه بنصف الثمن ولم يقبل الآخر، لم يصح، لأن ملكيه البعض الذى قبله متفرعه على العقد، وتماميه العقد موقوفه على قبوله، فلا معنى لتقدّم الملكيّه على القبول.

وبعباره اخرى: إن السبب المملّك هو العقد، والذى انبسط على أجزاء المبيع هو التمليك الإنشائى للبائع، لكنّ تملّك المشترى للبعض موقوف على العقد وتماميه العقد موقوفه على قبول المشترى، فكيف يكون مالكاً للنصف وهو غير قابل للعقد؟

أمّا فى موارد خيار تبعّض الصّفقه، فالمفروض تماميّه العقد، إذ البائع أوجب البيع بالنسبه إلى الصفقه كلّها، والمشترى قِبَل ما فعله البائع، وانبسط العقد على جميع الأجزاء، وحصل التطابق بين الإيجاب والقبول، غير أنّه قد ظهر بدليلٍ شرعى عدم صلاحيه نصف المبيع لملكيّه المشترى، فهو لا يملك هذا النصف ويملك النصف الآخر، وحيث كان من قصده شراء كلّ الصفقه لا نصفها، فله الخيار فى الالتزام بالعقد وإنفاذ المعامله بالنسبه إلى النصف، وعدم الالتزام به وفسخه.

فظهر أنّ الصحيح هو البطلان فيما نحن فيه وفاقاً للشيخ، وظهر الفرق بينه وبين موارد الخيار.

هذا بالنسبه إلى خيار تبعّض الصفقه.

وتلخّص:

ضروره التطابق بين الإيجاب والقبول فى الجهه الاولى وهى مادّه المعامله، وإلّا لم يتحقق العقد.

ص:۱۴۵

وأمّا فى الجهه الثانيه، وهى فى المتعاقدين، فقد كان لنا تفصيل.

الجهه الثالثه: التطابق فيما يقع عليه العقد سواء المعاوضى وغير المعاوضى.

إنّه لابدّ من التطابق فى هذه الجهه، والاختلاف من حيث الشخص والصنف مضرّ بصحّه العقد، لأن عنوان العقديه متقوّم بوحده العهدين، ولولا توافقهما فى العهد فلا يتحقق العقد.

أمّا لو وقع الاختلاف بينهما من حيث البعض والكلّ، فهنا ربما يقال بالصحه والخيار.

وما يمكن أن يبرهن به على هذا القول هو: إنّ كلّ صفهٍ تعرض على المركب لا محاله تكون عارضه لأجزائه، إذ ليس المركب غير الأجزاء، فلو باع الدار بمائه دينار فقال المشترى: قبلت نصفها بخمسين ديناراً، صحّ العقد وثبت الخيار للبائع، نظير ما لو باع شيئاً وقبل المشترى ثم بان أن بعض الثمن ليس ملكاً للمشترى، فله خيار تبعّض الصفقه كما تقرر فى محلّه.

وفيه: إن المشترى إنما يملك ما أوجب العقد ملكيّته له، فالمؤثر هو الملكيّه العقديّه لا ـ الملكيه الإنشائيه من ناحيه البائع، والملكيّه العقديه عباره عن توافق العهدين على الشىء الواحد، والعهد أمر بسيط، وهو ينحلّ انحلالاً عقليّاً على كلّ جزء جزءٍ من المركّب ويكون مورداً للعهد، وهذا التوافق غير متحقّق إلّابأحد النصفين، أمّا النصف الآخر فلا توافق عليه، لأنّ عهد البائع بالنسبه إليه ضمنى وعهد المشترى استقلالى، وإذا اختلف العهدان لم يتحقّق العقد.

وبعباره اخرى: العهد الضمنى الانحلالى للنصف لا ثبوت له إلّابثبوت

الکلّ، فلمّا تعهّد البائع بالنسبه للکلّ فقد تعهّد بالنسبه للنصف ضمناً، لکنّ المشتری بقبوله للنصف فقط تعهّد بالنسبه إلیه بالاستقلال، فلو أرید إیجاد توافق العهدین بالنسبه إلی هذا النصف الذی قبله المشتری لزم أنْ یکون من ناحیه القبول، ولکنّ القبول متوقف علی تحقق العهد من البائع بالنسبه إلیه - لأن القبول فرع الإیجاب - فیلزم الدور.

هذا بالنسبه إلی الجهه الثالثه.

وأمّا الجهه الرّابعه، وهی التطابق فی التوابع والخصوصیات(۱)، فإنّ

ص:۱۴۷

للشـرائط صوراً، فإن كان المبيع كليّاً والشـرط منوّعٌ له، فوقع الاختلاف، بطل العقـد، لأن الإيجاب والقبول مع اختلاف العوضـين جنساً أو صنفاً أو نوعاً، غير واردين على موردٍ واحدٍ، وهو موجب للبطلان كما تقدم.

وإنْ كان الشـرط أمراً خارجاً، كما لو باع بشرط الخيار وكان قبول المشترى بدون الخيار، وظاهر معنى البيع بشرط الخيار هو نفى ما كان يقتضـيه ظاهر حاله من الالتزام بالعقد وعدم الرجوع عنه، لكنّ المشترى إنّما يقبل بلا خيار للبائع، فمقتضـى القاعده صحّه العقـد، لأـن التزام البـائع بالعقـد خـارج عن مـاهيّته، فالعقـد واقع، غير أنّ المشترى يطلب من البـائع الالتزام به وهو لا يريـد، فهما متوافقان على العقد ومختلفان فيما هو خارج عن حقيقته.

أمّـا لو بـاعه الـدار واشترط عليه خيـاطه ثوبٍ له مثلًا، فإنْ كان تمليكه منوطاً بالخياطه، فما لم تتحقّق لم يجز له التصـرّف، لكنهم يقولون بصحّه العقد، وهذا يكشف عن أنّ العقد غير منوطٍ بالشرط، فهنا احتمالان:

فالمحكى عن المشـهور هو الصـحّه، لأن المنوط به الالتزام بالتمليك هو التزام الطرف الآخر بخياطه الثوب، فإذا التزم صـحّ العقد لتحقق الالتزام من الطرفين، وأمّا اختلافهما فى الشرط فلا يضرّ بالعقد لأنه خارج عن حقيقته.

لكنّ الإنصـاف أنه بعيـد عن ظـاهر الكلاـم، فإن قول البائع: ملكتك هـذا بشـرط أن تخيط لى ثوباً، ظاهر فى إناطه التمليك، فإذا قال: قبلت من دون الالتزام بالشرط حصل الاختلاف وبطل العقد.

مسأله وقوع كلٍ من الإيجاب والقبول فی حالٍ یجوز لكلٍ منهما الإنشاء

اشاره

قال الشیخ:

ومن جمله الشروط فی العقد: أنْ یقع كلّ من إیجابه وقبوله فی حالٍ یجوز لكلّ واحد منهما الإنشاء... .

أقول:

یعتبر فی صحّه العقد: أنْ یكون كلّ من المتعاقدین واجداً للشرائط فی حال إنشاء الآخر، فإذا أوجب البایع الإیجاب الذی یصح منه فی حال، اعتبر أنْ یكون علی ذلك الحال فی حین إنشاء الطرف المقابل للقبول، مثلاً: إذا قال بعت ثم نام أو جنّ، فقال الطرف قبلت، لم یؤثّر.

وهكذا الأمر بالنسبه إلی الشرائط الشرعیّه، فلو قال «بعت» وحجر علیه الحاكم الشرعی أو عرض علیه الرقیّه مثلًا، لم یؤثر قبول القابل.

وهذا من الشرائط العقلیّه المقوّمه لماهیّه العقد، فقد ذكرنا مراراً أن الإنشاء من أطوار استعمال اللّفظ فی المعنی، والعقد إنشاء من الطرفین، وهو أمر قصدی، فلو كان فی حالٍ لا یتمشّی منه القصد فلا إنشاء، فإذا قال المجنون أو المغمی علیه أو النائم: «بعت» لم یؤثر.

ومن الشرائط ما هو معتبر فی الشرع، كأنْ یكون بالغاً، فالصغیر - وإنْ أنشأ عن قصد للمعنی - لا یؤثّر إنشاؤه، والمفلَّس ینشؤ عن قصد لكنْ لا أثر له لكونه محجوراً علیه، وكذا السفیه، والرق یتحقق منه الإنشاء وهو قاصد

للمعنى، لكنْ لا يترتب عليه الأثر شرعاً.

فالشرائط إمّا عقليّه وإمّا شرعيّه كما أوضحنا.

فكلّ من الموجب والقابل يعتبر فيه أنْ يكون عند الإنشاء على حالٍ يترتب الأثر على إنشائه بحسب الشرائط العقليه والشرعيه، وأن يكون باقياً على تلك الحال حتى إنشاء الطرف المقابل، فإذا تحقق ذلك تحقق العقد.

إنّما الكلام فى أنه هل يترتّب الأثر على القبول إن لم يكن القابل واجداً للشرائط العقليه والشرعيه فى حين إيجاب الموجب وإنْ كان واجداً لها عند القبول، أوْ لا يترتب؟

مثلاً: لو كان القابل فى حال إيجاب الموجب نائماً أو كان رقّاً، ثم أنشأ القبول فى حال اليقظه والحريّه، فهل يؤثّر؟

ولو أنشأ الموجب الإيجاب واجداً للشرائط ثم فقد بعضها، فهل يؤثّر قبول القابل والحال هذه؟

قال الشيخ:

ثم إنّ عدم قابليّتهما إن كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت والجنون والإغماء بل النوم، فوجه الاعتبار عدم تحقّق معنى المعاقده والمعاهده حينئذٍ...وإنْ كان لعدم الاعتبار برضاهما، فلخروجه عن مفهوم التعاهد والتعاقد... .

فالشيخ يعتبر وجدان الشرائط مطلقاً، غير أنه إن كان فاقداً للشرط العقلى، كالنوم والإغماء والجنون... فلعدم تحقق المعاهده، وإنْ كان فاقداً للشرط الشّرعى، فلخروجه عن مفهوم التعاهد والتعاقد عرفاً.

ثم قال:

والأصل فى جميع ذلك أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب

ص:١٥٠

السابق، وكذا لو كان المشترى فى زمان الإيجاب غير راض أو كان ممّن لا ـ يعتبر رضاه كالصغير، فصحّه كلّ من الإيجاب والقبول يكون معناه قائماً فى نفس المتكلّم من أوّل العقد إلى أن يتحقق تمام السبب وبه يتم معنى المعاقده.

وقد جعل الشيخ المدرك لما ذكره، قول الفقهاء بأنّ الموجب يعتبر أنْ يبقى على تعهّده، ولذا لو فسخ قبل القبول لغى الإيجاب السابق وبطل العقد، لأنّ ذلك يفيد أن ما أنشأه الموجب لابدّ أنْ يبقى ويستمرّ من حينه إلى حين القبول من الطّرف.

وتعرّض فى الأثناء للوصيّه جواباً لإشكالٍ مقدّر فقال:

«وأمّا صحّه القبول من الموصى له بعد موت الموصى، فهو شرط تحققه لا ركن، فإن حقيقه الوصيه الإيصاء، ولذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه، ولو ردّ جاز له القبول بعد ذلك».

وذلك: إنه لو أوصى إلى زيدٍ ولم يعلم بها زيد حتى مات الموصى، فقبلها، صحّت الوصيّه، فكيف ذا والشرائط غير مستمرّه إلى وقت القبول؟

فأجاب: بأنّ حقيقه الوصيه: الإيصاء، فهى إيقاع لا عقد، والقبول شرط لصحّته، ويشهد بذلك: أنه لو أوصى وصيّةً تمليكيه فمات الموصى له قبل القبول، قام وارثه مقامه، مع أنّ الوارث لم يكن طرفاً للوصيه، فمن هنا يستكشف أنّ الوصيّه ليست عقداً من العقود، بل القبول من الموصى له أو من وارثه من شروطها.

وتعرّض الشيخ فى الأخير - بعد ذكر اعتبار استمرار الرّضا النفسانى من كلٍّ من المتعاقدين بدءاً بالإيجاب وانتهاءً بالقبول - للرّضا فى مسأله بيع المكره، فقال:

ثم إنهم صرّحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المكره... لأجل الإجماع.

فهذا نقض آخر، لأنّه إذا كان الرضا بعد الإيجاب والقبول مؤثّراً مع كونه من الشرائط المعتبر وجودها فى العقد، فلم لا يكون حصول الشرائط قبل القبول مؤثراً؟

وأجاب: بأنه على خلاف القاعده لأجل الإجماع.

وقال السيّد:

لا دليل على هذه الكليّه، وعدم صدق المعاقده والمعاهده إنما يتم فى بعض الفروض، كما لو كان المشترى فى حال إيجاب البائع غير قابل للتخاطب من جهه الإغماء أو النوم أو الجنون، وأمّا فى بقيّه الصّور فنمنع عدم الصّدق، خصوصاً فيما إذا نام البائع بعد الإيجاب مع علمه بذلك وأن المشترى يقبل لا محاله، وكذا فيما إذا كان المانع هو الفلس أو السرقه أؤ السفه... (١).

وحاصله: إنه لا دليل على اعتبار توفّر الشرائط فى العقد من البدء إلى النهايه.

وكأنه يريد التفصيل بين الشرائط العقليه والشّرعيه، بالاعتبار فى الاولى فقط، بل يستفاد من كلامه اعتبار وجود الشرائط العقليه فى القابل حين إيجاب الموجب، أمّا الشرعيه، فيكفى وجودها حين القبول منه، فلو أوجب الموجب فنام ووقع القبول فى حال نومه صّح.

وقد وافق مشايخنا الشّيخ فيما ذهب إليه، فقال شيخنا الاستاذ:

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۴۴۶

«أمّا عـدم الأهليّه لما يوجب امتناع تحقّق المعاهده والمعاقده، كموت الموجب أو نومه أو إغمائه أو جنونه حال قبول القابل مثلاً، فـإن منـاط عهـد كـلٍّ منهما والتزامه وإنْ كان حياه المتعهّد وعقله ويقظته، وهى مفروضه الحصول هنا، إلّاأن مناط المعاهـده مع الغير يقتضـى كونهمـا معـاً كـذلك فى حـال الإيجـاب وفى حال القبول، إذ معيّه المتعاقـدين ليست معيّه جسم مع جسم ولا معيه حيوان مع حيوان، بـل معيه شـاعر ملتفت إلى مـا يلتزم للغير ويلتزم له الغير، وإلّا فلا ينقـدح القصـد الجـدّى فى نفس العاقل إلى المعاهده مع من هو كالجدار أو الحمار، وعلمه بالتفاته فيما بعد لا يصحّ المعاهده معه فعلاً...».

وحاصـله: إنّ عنوان «المعاقـده» و«المعاهـده» متقوّم بـالمعيّه، وهى ليست خـارجيّه بل نفسانيّه وهى العهـد، وقِوام العهـد بالالتفات والإدراك، فلابدّ أنْ تكون بينهما معيّه فى الشعور والإدراك والالتفات من أول العقد إلى آخره، فلو فقد شـىء من الشرائط فى أحدهما عند إنشاء الآخر، انتفت المعيّه، والعقد غير متحقق.

قـال: «ومنه تبيَّن أنّ جعـل الحكم فى المكره على خلاـف القاعـده لأجل الإجماع غير وجيه أيضاً، إذ الإجماع لا يجعل غير العقد عقداً، بل عقد حقيقى منوط تأثيره بتبدّل الإكراه بالرضا الطبعى، فإذا تبدّل دخل فى التجاره عن تراض حقيقه» (1).

وحاصله: إنّ مؤثّريه لحوق الرّضا على القاعده خلافاً للشيخ، لأنّ

١- ١) حاشيه المكاسب ١ / ٢٩١ - ٢٩٢

المكره ملتفت إلى المعنى قاصدٌ له، غير أنه مكره على هذا القصد ولم يصدر منه عن طيب نفسٍ، كما لو كان مضطرّاً إلى بيع داره مثلاً، حيث أن الرّضا العقلي موجود وإنْ لم يكن عن طيب نفس، فإذا لحقه الرّضا أثّر أثره، وأمّا إذا كان مكرهاً على العقد بحيث لا يكون قاصداً للمعنى وكان مجرّد لقلقه اللّسان، فلا أثر للرّضا اللّاحق أصلاً.

وقال الميرزا الاستاذ ما حاصله:

إنه كما يكون إنشاؤه في حال فقد بعض الشرائط العقليّه لغواً، كذلك يكون بالاعتبار الشرعي إذا أنشأ في حال فقد شيء من الشرائط الشرعيّه، فبطلان العقد يرجع إلى عدم القصد حقيقةً أو تنزيلاً.

وأما لحوق الرضا في بيع المكره فعلى القاعده(١).

فنقول:

إن مقتضى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» وجود العقد وتحقّقه، والعقد - كما ذكرنا

ص:١٥۴

مراراً – هو العهـد المشـدّد أو المؤكّد أى المرتبط بعهدٍ آخر، إذنْ، لابدّ من العهد من الطّرفين والارتباط بينهما، أمّا اعتبار وجود العهـد من كـلٍّ منهما فى حين عهـد الآخر، فلا دليل عليه من الآيه وغيرها، فلو أوجب البيع مثلاً واجـداً للشـرائط ولم يكن للقابل عهد أو ما كان واجداً للشرائط، ثم حصل له العهد أو توفّرت فيه حين القبول فقبل، كان مقتضى القاعده الصحّه، لصدق الارتباط بين العهدين المحقّق لعنوان العقديه، ولا يلزم أنْ يكون الارتباط فى زمانٍ واحد.

إذن، لابـدّ من الدقّه فى هذه النّاحيه، فإنّ الارتباط بين العهدين الواجدين للشـرائط مقوّمٌ للعقد، ولكنْ لا يلزم أن يكون فى زمانٍ واحد، فلو حَصَل العهد الإيجابى فى زمانٍ وبقى مستمرّاً إلى العهد القبولى الواقع فى زمانٍ آخر، لماذا يكون باطلاً؟

تحقيق المقام

وتحقيق المقام بعد رسم مقدمه فيها امور:

الأول: إنّ الإنشاء – كما ذكر من قبل – طورٌ من أطوار استعمال اللّفظ، وهو من الامور القصديّه.

والثانى: إنّ العقد، عباره عن العهدين المؤكد والمشدّد أحدهما بالآخر.

والثالث: إنّ ما يصدر من الموجب مسندٌ إلى غيره، وهو إمّا كاف الخطاب إذ يقول: بعتك، أو اسم صريح مثل: بعت من زيد، أو ضمير كقوله:

بعته. فعلى كـلّ حـالٍ يحتـاج إلى مسـندٍ إليه، والبيع وإنْ كـان مبـادله مالٍ بمال، لكنْ لابـدّ من وجود مَن تتحقق المبادله بين ماله ومال البائع، وأيضاً: تتوقف حليّه هذه المبادله على القبول من الطّرف الآخر، فلا ينطبق قوله تعالى «أَحَلَّ

اَللّهُ الْبَیْعَ» إلّاأنْ تکون المبادله بین المالین بوجود الطّرف الآخر ورضاه بالمبادله... إذنْ، لابدّ من الارتباط بین العهدین.

والرابع: قولنـا «معاهـده» و«مبـایعه» و«معاقـده» متقوّم بالاـثنین کما ذکرنا، ولکنْ لا یلزم فیه الوحـده الزمانیه، فالمفاعله تصـدق مع تعـدّد الزمـان، فلو کتب أحـد الشخصـین الآـن وکتب الآـخر فی وقتٍ لاـحق، صـدق عنوان «المکاتبه» علی فعلهما حقیقه، وکـذا المکالمه والمخاطبه والمناوله.

إن «المفاعله» متقوّمه بالاثنین مع التطابق بینهما، بأنْ یکون عهـدٌ وعهـد، عقـد وعقـد، تکلّم وتکلّم، أمّا أن یکونا فی زمان واحدٍ، فلا.

والخامس: إنّ الأوصاف علی أنحاء.

فمنها: ما لا یتمشـی القصـد من المتّصف بها، کالنائم والمغمی علیه والمجنون، فهؤلاء لا قصـد لهم ولا یمکن المعاهـده الجـدیّه معهم.

ومنها: ما یتمشی معه القصد ویمکن المعاقده الجدیّه مع المتّصف بها، ولکن لا اعتبار لذلک شرعاً، کالسّفیه، والمفلّس، والصبیّ المراهق، وأمثالهم... .

وبعد الفراغ من المقدّمه نقول:

لو أوجب البائع البیع واجـداً للشـرائط المعتبره عقلاً وشـرعاً فمات، فقـد خرج الشـیء ملکه ولا أثر لقبول القابل، لعدم الموضوع، وکـذا الکـافر الحربی إذا استرقّ بعـد الإیجـاب وقبـل القبول، فإنّ المال یکون لمولاه ولا موضوع للقبول حینئـذٍ، ولو عرض علیه الإفلاس أو السّفه فکان محجوراً علیه، خرج المال عن ولایته ولا أثر للقبول بعد ذلک.

وبالجمله، فما لم یأت القبول لم یتحقّق العقـد، فلو خرج المال عن ملک البائع بسببٍ من الأسـباب کالموت والجنون والرّقیه، أو خرج عن الطلقیه،

ص:۱۵۶

فلا أثر للقبول، نعم، لو أجاز الغرماء فی بیع المفلّس فلا إشکال ظاهراً، وکذا فی کلّ موردٍ قابلٍ للحوق الإجازه.

وعلی ما ذکرنا، فإنه لا یبعد الصحه فی صوره النوم، لأنّ حیثیّه العهدیه قائمه بالنفس الناطقه، والإضافه الملکیه موجوده، فیکون القبول اللّاحق مؤثّراً، بخلاف الإغماء، حیث تزول به العهدیّه ویبطل العقد، وبخلاف الموت، حیث یخرج المال عن ملکه.

وأمّا من ناحیه المشتری، فلو کان نائماً أو مغمی علیه أو مجنوناً فی حین الإیجاب، فأفاق بعد تمامیه الإیجاب أو استیقظ وقبل، لم یؤثّر، لکونه فی ذلک الحین فاقداً للصّیفات الدخیله فی جدّیه العهد، أمّا لو کان صغیراً أو مفلّساً أو سفیهاً ونحو ذلک ممّا لا ینافی جدّیه العهد، ثم کان فی حین القبول واجداً للشرائط، فلا دلیل علی عدم التأثیر للقبول.

فالتحقیق هو الفرق بین الصّیفات المقوّمه للعهد الجدّی وغیر المقوّمه له، فإنْ کان القابل فاقداً حین الإیجاب لشیء من القسم الأوّل بطل العقد، وإنْ کان فاقداً لشیء من القسم الثانی حینذاک وواجداً له حین القبول فالعقد صحیح(۱).

ص:۱۵۷

وأمّا الوصيّه، فما ذكره الشيخ هو الصحيح، إذ الوصيه إيقاع، إذ لو كان عقداً لما كان لقيام الوارث مقام الموصى له وجه، لأنه كان هو طرف المعامله، فمن قيامه مقامه شرعاً نستكشف أنه إيقاع موجب لحدوث حقٍ للموصى له، وكلّ حق للميت فإنه ينتقل إلى وارثه.

وأيضاً: يشهد بكونه إيقاعاً أنه لو ردّ جاز له القبول بعد ذلك، ولو كان عقداً فقد تقرّر أنّ القبول بعد الردّ غير مؤثّر، غير أنّا نضيف نكتةً هى: إنه إن كان القبول بعد الردّ فى حال حياه الموصى، فما ذكره تام، سواء كانت الوصيه عهديّه أو تمليكيّه، وأمّا إنْ كان بعد موت الموصى، فلا يمكنه الردّ إنْ كانت عهديةً بل هو ملزم بالعمل بالوصيّه، وإنْ كانت تمليكيّه فقبوله بعد الردّ بلا أثر، إجماعاً بقسميه كما فى الجواهر (۱)، فلابدّ من أن يكون مراد الشيخ - من جواز القبول بعد الردّ - أن يكون فى حياه الموصى.

۱- ۱) جواهر الكلام ۲۸ / ۲۵۴ و ۲۵۹

فرعٌ حکم ما لو اختلف المتعاقدان فی شروط الصیغه

اشاره

قال الشیخ:

لو اختلف المتعاقدان اجتهاداً أو تقلیداً فی شروط الصیغه، فهل یجوز أن یکتفی کلّ منهما بما یقتضیه مذهبه أم لا؟ وجوه... .

أقول:

لو اختلفا، فقال أحدهما بفساد العقد بغیر العربیه والآخر بعدم فساده، أو اعتبر أحدهما الماضویه والآخر لا یعتبر، أو قال بکفایه الکنایه فی العقد والآخر یعتبر الصراحه، إلی غیر ذلک... فثلاثه أقوال:

أوّلها: فساد العقد، قال به جماعه، لأن العقد أمر واحد متقوم بالطرفین، فلابدّ من أن یتّفق الطرفان فی جهه صحه العقد... .

والثانی: صحّه العقد، وأنّ الاختلاف غیر مضر.

وثالثها: اشتراط عدم کون العقد المرکّب منهما ممّا لا قائل بکونه سبباً فی النقل، کما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقدیم القبول علی الإیجاب وجواز العقد بالفارسیّه.

وهذا الوجه عند الشیخ أردء الوجوه.

قال الشیخ:

والأوّلان مبتیّان علی أنّ الأحکام الظاهریه المجتهد فیها بمنزله الواقعیّه الاضطراریّه... أم هی أحکام عذریّه لا یعذر فیها إلّامن اجتهد أو قلّد فیها.

والمسأله محرّره فی الاصول.

أقول:

ذکر قدّس سرّه أن القولین الأوّلین یبتنیان علی ما طرح فی الاصول من أنّ الأحکام الظاهریه هل لها حیثیه الموضوعیه أو أنها طریقیّه محضه، بمعنی: هل بقیام الدلیل من أماره أو أصل تتحقق مصلحه ینشأ الحکم علی طبقها أوْ لا؟ فإنْ کان الأوّل، فالعقد صحیح، لأنّ کلّاً من المختلفین یستند إلی دلیلٍ أو أصل قائم علی ما یختاره، فیوجب حدوث مصلحه هی منشأ للحکم الشرعی، فکما أنّ صلاه المتیمّم، بمنزله صلاه واجد الماء، کذلک یکون الإیجاب بالفارسیّه من المجتهد القائل بصحّته بمنزله إشاره الأخرس فی ترتّب الأثر، فالأحکام الظاهریه الثابته علی طبق الاصول والأمارات واقعیهٌ ثانویّه، نظیر الأحکام الثابته فی مورد الاضطرار المجعوله واقعاً، علی طبق المصلحه الحادثه، وعلیه، فإنّ لکلٍّ المتعاقدین حکماً شرعیّاً واقعیّاً، فیکون صحیحاً.

وإنْ کان الثانی، فالعقد غیر صحیحٍ، لأنّ الأحکام الظاهریّه لا توجب مصلحهً واقعیّهً، وإنما هی فی صوره المخالفه للواقع معذّره، فإذا اختلف المتبایعان کان الحکم الواقعی علی ما هو علیه، وهما معذوران فیما إذا خالف عملهما للواقع.

قال المحقق الخراسانی: «هذا إذا قلنا بأنها أحکام واقعیه مطلقاً ولو فی حقّ من رأی خلافها، ولو قلنا باختصاص ذلک بمن رأی بواقعیّتها کما هو الأظهر، فلا یتفاوت کونها أحکاماً واقعیهً أو عذریه فیما هو المهم فی المقام،

ص:۱۶۰

وإنما التفاوت بينهما فی مقامٍ آخر عند کشف الخلاف» (۱).

والحاصل: إنه لو کان حکماً واقعیاً ثانویّاً فلا أثر له کذلک، فلو حصل ذلک للموجب کان حکماً شرعیّاً، ولا ربط لذلک الحکم بالقابل، فلا فرق بین القولین فی النتیجه فیما نحن فیه.

وما أفاده متینٌ جدّاً، فإنّ من قامت لدیه الأماره تکون الأماره سبباً لقیام المصلحه فی المؤدّی، وهو مکلّف بذلک الحکم ولا ربط له بغیره.

ولکنْ لیس کلامه علی کلیّته بحسب ما أفاده شیخنا الاستاذ حیث قال:

«وتحقیق المقام: أنّ الملکیه إذا کانت من الأمور الواقعیه والموضوعات الخارجیه، فإنْ کانت الاماره حجّه من باب الطریقیه المحضه فهی لا توجب إلّا العذر عند الخطأ، فالتصرف بالعقد الفارسی تصرف فی مال الغیر؛ وهو حرام، غایه الأمر أنّه معذور فی هذا التصرف الحرام واقعاً، وإنْ کانت حجّه من باب الموضوعیه، فالتصرف وإنْ کان فی مال الغیر حقیقه؛ لکنّه جائز حقیقه، لکون التصرّف بعنوان أنّه تصرّف فی مال الغیر بسبب العقد علیه ذو مصلحه غالبه علی مفسده التصرف فی مال الغیر؛ فلا یکون حراماً واقعاً، وحیث أنّ الملکیه حینئذٍ واقعیه ولها سبب واقعی لا جعلی، فالتعبّد بالملکیه عند العقد الفارسی تعبّد بآثارها، وحینئذٍ یمکن الاطلاق والتقیید من حیث الآثار.

فبناءً علی الاطلاق یجوز للمعتقد جمیع التصرفات المترتبه علی الملک، ولا یجوز لغیره التصرف فیه بدون رضاه، وإنْ لم یعتقد سببیه ما یراه

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۲۹ - ۳۰

المعتقد سبباً.

وبناءً على التقييد يجوز للمعتقد التصرف فيه فقط من دون حرمه التصرف بدون رضاه لمن لا يعتقد سببيته.

وأمّا إذا كانت الملكيه من الاعتبارات - كما قدمنا (۱) بيانه وشيدنا بنيانه - فأسبابها أيضاً جعليه، فربّما يكون ذات العقد العربى - بما هو - ذا مصلحه مقتضيه لاعتبار الملكيه من الشارع، وربّما يكون العقد الفارسى - لا بما هو؛ بل بما هو عقد قامت الحجّه على سببيته شرعاً - ذا مصلحه مقتضيه لاعتبار الملكيه شرعاً، فما انتقل إلى المعتقد بالعقد الفارسى ملك شرعاً حقيقه؛ حيث لا واقع للاعتبار إلّانفسه، فيترتب جميع آثار الملك عليه بعد تحقّق سببه فى حقّ المعتقد وغيره، وإنْ كانت لا سببيه للعقد الفارسى بالاضافه إلى غير المعتقد، وعليه فليس له كشف الخلاف، بل لا يجوز التسبب به بعد تبديل الرأى، وإلّا فالاعتبار لا ينقلب عما هو عليه.

وهذا بخلاف ما عدا الأمور الوضعيه كالواجبات التكليفيه على الموضوعيه، فإنّ مجرد كون صلاه الجمعه التى أخبر بوجوبها العادل - بلحاظ العنوان الطارىء ذا مصلحه، كما يقتضيه ظهور الأمر بها فى البعث الحقيقى المنبعث عن مصلحه فى متعلقه ولو عرضاً - لا يقتضى أنْ تكون المصلحه فيه مصلحه بدليّهً عن مصلحه الواقع، فبعد كشف الخلاف يتبيّن بقاء مصلحه الواقع على حاله فيجب تحصيلها، وليس فى باب المعاملات مصلحه لازمه التحصيل كى يجرى فيها هذا البيان، وتمام الكلام

۱- ۱) فى رساله الحق والحكم: ۳۰

فی محلّه» (۱).

وملخّصه:

إن الأحکـام التکلیفیـه مبتنیـه علی الملاکـات، وهی بحسـب الأشـخاص مختلفـه، فبنـاءً علی أنّ الأمـاره سبب مـوجب لحـدوث المصـلحه، فإنه یحدث الحکم التابع لها لمن قامت عنده الأماره، من الوجوب والحرمه والصحه والفساد فی الامور العبادیه وجواز التصـرّف وعـدمه... إلی غیر ذلک. أمّا الأحکام الوضـعیه، فهی اعتبارات، فلو اعتبرت الملکیه فی موردٍ بسـبب قیام الأماره، فلیس هناک واقع فی ماوراء الاعتبار، بخلاف الأحکام التکلیفیّه فلها واقع ومقام ظاهر.

وعلیه، فـإذا قـامت الأمـاره علی حکمٍ وضـعی، فبنـاءً علی الموضوعیّه والسـببیّه یحـدث الملاک للاعتبار الشـرعی، وحینئـذٍ یعتبر الملکیّه، ولا معنی لانکشاف الخلافً، نعم، لو حصل التبدّل فی الرأی ینتهی أمد الاعتبار، فللقائل بالموضوعیّه أن یقول بأنّ لکلٍّ من المتبایعین أنْ یرتّب الأثر علی الأماره القائمه عنده.

فإشـکال المحقق الخراسـانی علی الشـیخ بالنسـبه إلی الأحکـام التکلیفیّه وارد، دون الأحکـام الوضـعیّه، إذ لا واقعیه لها إلّاموطن الاعتبار، فإذا تحقق الملاک للحکم مثلاً ثبت الحکم وترتب علیه الأثر.

وعلی الجمله، فقـد أفـاد الشـیخ أنّ الأحکـام الظاهریه إن کانت واقعیهً ثانویّه کالأحکام الاضـطراریه، فاختلافهما غیر مضـر، وإن کانت عذریّه

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۲۹۵ - ۲۹۶

والواقع محفوظ على ما هو عليه، كان اختلافهما موجباً للبطلان.

لكنْ قد ظهر ممّا ذكرنا: أن الصحيح عدم البطلان على القول الثانى فى الأحكام الوضعيّه، فلو كان البائع يرى صحه العقد بالفارسيّه - مثلاً - وأنه موجب للملكيّه والقابل لا يراه وإنما أنشأ رجاءً، فللبائع التصرف فى الثمن وليس للمشترى التصرف فى المثمن، فالعقد يؤثر أثره لمن قام عنده الأماره أو الأصل المقتضى لذلك الحكم الظاهرى.

وحينئذٍ نقول:

إن من الأحكام الشرعيّه ما يجب ترتيب الأثر عليه حتى من غير القائل به، مثلاً: لو اشترى شيئاً بالعقد الفارسى، لم يكن لغيره القائل ببطلان العقد بالفارسيّه أنْ يشترى الشىء من البائع الأوّل، ولو تزوّج امرأةً بعقدٍ يراه صحيحاً، لم يجز للغير القائل ببطلان ذلك العقد أنْ يتزوّجها... .

هذا ما عليه الأصحاب، واستفادوا ذلك من الأخبار فى أن كلّ ذى دينٍ يجرى عليه حكم دينه (۱) قالوا: المراد من «الدين» فيها هو «المعتقد»، فمن المسلّمات أن المرأه الكتابيّه إذ أسلم زوجها فهى باقيه على زوجيّتها، فلا يجوز للمسلم أن يتزوّجها، بل إنّ مقتضى: ألزموهم بما ألزموا به أنفسهم (۲):

أنّ عليهم ترتيب الأثر وإنْ كان بضررهم، مثلاً: لمّا كان العامّه قائلين بالتعصيب، جاز للإمامى إذا كان من عَصَبه الميت الأخذ من الإرث، وإنْ لم يكن له ذلك على دين الإماميه إنْ كان الميّت إماميّاً.

۱- ۱) وسائل الشيعه، الباب ۱۰ من أبواب حدّ المرتد، الرّقم: ۱۳ و ۱۴ و ۲۱ و ۴۸ و ۴۹

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۶ / ۳۲۰، الباب ۳ من أبواب ميراث المجوس، الرّقم: ۲

وبعد هذه المقدمه نقول:

ذكر الشيخ فى المقام ثلاثه وجوه، وجعل الأول والثانى مبتيين على المسأله الاصوليّه فى مباحث الأحكام الظاهريه، والأولى أن يقال:

تارةً: كلّ من المتعاملين المختلفين يستند إلى أمارهٍ، واخرى: يستند أحدهما إلى أماره والآخر لا يرى حجّيه تلك الأماره بل يأخذ بمقتضى الأصل.

والاختلاف فى أنّ الأحكام الظاهريه أحكام حقيقيّه أو عذريه، يبتنى على أن «صدّق العادل» ظاهرٌ فى وجوب العمل بقوله وترتيب الأثر عليه، وكلّ حكم شرعى يكشف إنّاً عن الملاك وهو موجود فى نفس المؤدّى، ومن جههٍ اخرى: ليس لنا أن نقول بأنّ المصلحه فى المؤدّى تعارض المصلحه الواقعيه وتتقدّم عليها، فإنه تصويبٌ باطل، فلا مناص للقائل بالسببيّه من الالتزام بالترتّب بأن يقول: بأن الأحكام الواقعيه مجعوله تبعاً لمصالحها، ثمّ إنّ الأماره القائمه للجاهل بذلك الحكم الواقعى، توجب مصلحةً يستتبع حكماً ظاهرياً له يجب عليه العمل به مادام جاهلاً بالحكم الواقعى، فالواقع محفوظ وليس ما قامت عليه الأماره بدلاً عنه، وإنما هو حكم ظاهرى يطبّقه من قامت عنده فى ظرف الجهل، إلى أنْ ينكشف له الواقع أو يتبدّل رأيه.

أو أن «صدّق العادل» ليس ظاهراً فى وجوب ترتيب الأثر، بل هو حكم من المولى بداعى التنجيز للواقعيّات، فإنْ كان العمل بالأماره مطابقاً للواقع فهو، وإنْ كان خالفه كان مؤدى الأماره عذراً له.

هذا هو مبنى البحث.

ص:١٦٥

وحينئذٍ نقول: ظاهر تنظير الشيخ القول الأوّل بإشاره الأخرس، هو أن القائلين يريدون إنه كما أنّ الشارع اعتبر السببيّه لإشاره الأخرس، وبإشارته يتحقق العقد وتحصل الملكيه، كذلك جعل الأماره القائمه سبباً للملكيّه...

فإنْ كان هذا مرادهم، فالقول بصحّه العقد متين جدّاً، إذ الأماره القائمه دلّت على صحّه العقد بالفارسيه وحصول الملكيه به فى اعتبار الشارع، والمفروض أنه ليس للطرف المقابل أماره على خلافها، فهو ينشأ القبول ويترتّب الأثر.

نعم، لو كان اختلافهما على أثر قيام الأماره لكلٍّ منهما على خلاف الاخرى، فالأمر مشكل، وقد يستظهر من كلام السيّد أنهما تتساقطان.

وأمّا بناءً على القول الثانى، فإمّا يكون الطرف الآخر معتقداً بالخلاف، فلا يتمشّى منه الإنشاء كما هو واضح، وإمّا يكون فاقداً للدليل على الصحّه بالعقد الفارسى - مثلاً - ، فإنْ صدر منه الإنشاء جدّاً جاز للطرف القائل بالصحّه التصرّف فيما أخذ، وتصرّف الآخر الشاكّ فى الصحّه فيما أخذ غير جائز.

تحقيق المقام

وبعدُ، فإنّ واقع المطلب هو:

إنّ مسأله أن الأحكام الظّاهريه هل هى أحكام واقعيّه ثانويه لها السببيّه فى حدوث المصلحه، أو أنها طرقٌ منجّزه للواقع عند الإصابه ومعذّره للمكلف عند المخالفه؟ إنما تطرح فيما إذا كان هناك روايه، أمّا مع وجود العلم فهو حجّةٌ غير جعليّه، وكذلك الكلام فى ظواهر الكتاب والأخبار، فإنّ حجيّتها ليست مجعولةً من قبل الشارع، وليس له فى موردها حكم مماثل،

بـل هى حجةٌ عقلائيّه أمضاها الشارع، وإنما يختصُّ القول بجعل الحكم المماثل بالأماره، فلا مجال للبحث عن السببيّه فى العلم والظواهر، وإنّما يطرح فى موردٍ يكون للشارع فيه حكم.

فهذه نقطه.

ونقطه اخرى: ما ذكرناه من أنّ الأحكام الظاهريه منشأه للطّريقيّه أو للتنجيز والإعذار، كلّ ذلك صحيح فى عالم الثبوت والتصوّر، فقوله: «صدّق العادل» جعلٌ للطّريقيه أو الحجيّه أو المنجزيه والمعذّريه لقوله، أمّا فى عالم الإثبات، فلا دليل عليه أصلاً، وغايه ذلك هو الإستظهار، ولذا قلنا فى الاصول: إنّ الأحكام الشرعيه الواقعيّه فى عصر الغيبه منجّزه، إلّاأن للجاهل أحكاماً يجوز له العمل فيها من أجل مصلحةٍ قائمه بذلك، فإنّها وإنْ لم تكن بدلاً عن الواقع - إذ القول بذلك يستلزم التصويب - أحكامٌ حقيقيّه متعلّقه بالجاهل بما هو جاهل، فإذا ظهر الإمام عليه السلام ارتفع الجهل، ولم يبق موضوع لتلك الأحكام، وأمّا أنّ تلك الأعمال التى أتى بها الجاهل فى ظرف الجهل يتدارك بها الواقع أوْ لا؟ فذاك أمر آخر، ولا يبعد أنْ تكون واجدةً لبعض ملاك الواقع، ويتساهل معه بالنسبه إلى البعض الآخر بقاعده التسهيل، كما ذكرنا ذلك فى الاصول وفى بعض المباحث الفقهيه كأحكام الخلل.

والحاصل: إنّ الأحكام الظاهريه هى أحكام حقيقيّه للجاهل منبعثه من الملاك بنحو الترتب.

والنقطه الثالثه: إنه وإنْ حاولنا توجيه كلام شيخنا الاستاذ، ولكن الإنصاف أنه لا يمكن المساعده معه، وذلك: لأن اختلاف المتعاقدين إن كان من جهه أنّ أحدهما يرى آيه الوفاء ظاهرةً فى العموم وآيه الحلّ ظاهرةً فى

الإطلاق، والآخر لا يرى ذلک، فالمعامله باطله، لعدم الدليل على الصحّه، وإنْ كان من جهه أن أحدهما يعتقد الأماريه فى مورد أو الكاشفيه للإجماع مثلاً، والآخر لا يعتقد بذلک، ففى هذه الصوره أيضاً تبطل المعامله، إذنْ، لا مجال فى موارد اختلاف المتعاقدين للبحث عن السببيّه والموضوعيّه وأنّ الأحكام الظاهريه حقيقيّه أو عذريه، لأنّ منشأ الاختلاف أحد الأمرين المذكورين على ما ذكرنا.

فنتيجه البحث:

إن كان أحدهما يعتقد لغويّه إنشاء الآخر، فلا موضوع لإنشائه، وإنْ كان لا يعتقد اللغويّه، فأنشأ القبول مثلًا، جاز للموجب التصرّف دون القابل.

قال الشيخ:

هذا كلّه إذا كان بطلان العقد عند كلٍّ من المتخالفين مستنداً إلى فعل الآخر، كالصّراحه والعربيّه والماضويّه والترتيب. وأمّا الموالاه والتنجيز وبقاء المتعاقدين على صفات صحّه الإنشاء إلى آخر العقد، فالظاهر أنّ اختلافها يوجب فساد المجموع... .

والحاصل: إنّ الشرائط منها ما يتعلّق بكلٍّ من المتعاقدين، ومنها ما يتعلّق بكليهما، والتفصيل المذكور يرتبط بالقسم الأوّل، أمّا إذا كان اختلافهما فى شىء من القسم الثانى فالعقد فاسد، فلو قال الموجب بصحّه الإيجاب التعليقى والمشترى ببطلانه، لم يكن القبول منه متمشّياً، ولو أنّ الموجب يرى اعتبار الموالاه والقابل لا يراه، ولذا أخّر القبول مدّهً، لم يجز للموجب ترتيب الأثر على مثل هذا القبول ويتصرف فى الثمن، لكون الإيجاب منه باطلًا فى نظره على أثر الفصل الحاصل بينه وبين القبول.

ص:١٦٨

أقول:

لكنّ تخصيص البطلان بالقسم الثانى بلا وجهٍ، فإنه بناءً على الموضوعيّه والسببيّه، لو كان الموجب يرى صحّه الإيجاب بالكنايه فأنشأ والقابل لا يرى صحته، فإنّه لا يتمشى منه القبول، والعقد باطل، وكذا لو كان القابل يرى صحّه القبول المقدّم فأنشأ قبوله، فلو كان البائع لا يرى ذلك لا يتمشّى منه الإيجاب، فما ذكره فى القسم الثانى جارٍ فى الأول كذلك(١).

ص:١٦٩

أحكام المقبوض بالعقد الفاسد

اشاره

قال الشيخ:

مسأله: لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه وكان مضموناً عليه.

أمّا عدم الملك، فلأنه مقتضى فرض الفساد.

وأمّا الضمان... فهو المعروف.

أقول:

لو أقدم على معامله وأُجرى العقد، ثم تبيّن فساده وقد حصل القبض، فللمقبوض أحكام:

الحكم الأوّل:عدم المملوكيّه.

فالمقبوض غير مملوكٍ للقابض، إجماعاً منقولاً ومحصّلاً كما في الجواهر (1)، لأنه مقتضى فرض الفساد.

١- ١) جواهر الكلام ٢٢ / ٢٥٦ و ٢٥٧

الحکم الثانی:عدم جواز التصرّف فیه.

أمّا عدم جواز التصـرّف فیه، فهو المشـهور، لأنه لیس بالتصـرّف المأذون فیه من المالک، لأن البائع إنما سلّمه المتاع من باب أن من بـاع شـیئاً فقـد خرج عن ملکه ووجب علیه تسلیمه للمشتری، وکـان تسـلّمه له بعنوان أنه مـال نفسه، فلا مورد هنا لقوله علیه السلام: لا یحلّ لامرئ أن یتصرّف فی مال غیره إلّابإذنه» (1) حتی یقال بجواز تصرّفات المشتری.

ولکن قد ذکرنا فی أواخر المعاطاه قاعدهً یمکن القول علی أساسها بجواز تصرّفاته فیما أخذه بالعقد الفاسد. فراجع.

الحکم الثالث کونه مضموناً.

قالوا: ویکون مضموناً علیه، سواء أتلفه أو تلف بتلف سماوی، فهو نظیر الغصب، کما صرّح به بعض الأکابر (2).

۱- ۱) وسیأتی نصّه

۲- ۲) السرائر ۲ / ۲۸۵ و ۳۲۶

أدله ضمان المأخوذ بالعقد الفاسد

اشاره

وقد استدلّ للضمان بوجوه:

الدليل الأوّل:الحديث النبوی المشهور

اشاره

: إنه قال صلّی اللّه علیه وآله: «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» (۱).

ولابدّ من البحث عنه سنداً ودلالهً.

الکلام فی سند: علی الید ما أخذت.

.

أمّا سنداً، فلا یوجد هذا الحدیث فی کتبنا الحدیثیه، بل هو فی کتب العامّه، وهو عن سمره بن جندب، وهو ملعونٌ، فإنه ممن حرّض الناس علی الخروج لقتل الحسین علیه السلام (۲)، وهو صاحب النخله فی بیت الأنصاری وقضیّته معروفه (۳).

فالحدیث ساقط سنداً بتمام المعنی.

إلّا أنه مذکور فی کتبنا الفقهیّه منذ القدیم، وقال الشیخ: دلالته ظاهره

۱- ۱) عوالی اللآلی ۱ / ۲۲۴، ۳۸۹

۲- ۲) هذا - علی ما ذکره بعض المؤرّخین کابن أبی الحدید - أعظم مساوئه، أمّا مساوؤه الاُخری: کروایته - فی مقابل المائه ألف درهم من معاویه أنّ قوله تعالی: «وَ مِنَ النّاسِ مَنْ یُعْجِبُکَ قَوْلُهُ...» نزل فی علی، وقوله «وَ مِنَ النّاسِ مَنْ یَشْرِی نَفْسَهُ...» نزل فی ابن ملجم، وکذا جنایاته فی البصره وبیعه الخمر... وغیر ذلک، فمذکوره بتراجمه فی الکتب

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۵ / ۴۲۸، باب عدم جواز الإضرار بالمسلم، الرّقم: ۳

وسنده منجبر، بل فی عباره الوحید البهبهانی (۱): عمل کلّ الفقهاء بمضمونها، بل أرسل فی بعض الکتب إرسال المسلّم، وهو عجیب.

والذی قرّرناه فی الاصول: لو أنّ حدیثاً اشتهر بین الأصحاب، وعلمنا باستناد المشهور إلیه، وأنهم استکشفوا صدوره من المعصوم علیه السلام، فإنّ ذلک یکون منشأً لعلمنا بصدوره ویکون حجهً، أمّا لو احتملنا أنهم عملوا به لمطابقته للقواعد، فلیس بحجه.

وعلی هذا، فلا دلیل علی حجیّه هذا الحدیث، فلا نأخذ به إلّابقدر ما توافق علیه مع نصوصنا فی مختلف الموارد، کما سیأتی.

قال الشیخ:

والخدشه فی دلالته: بأن کلمه «علی» ظاهره فی الحکم التکلیفی، فلا یدلّ علی الضّمان، ضعیفه جدّاً، فإنّ هذا الظهور إنما هو إذا اسند الظرف إلی فعلٍ من أفعال المکلّفین، لا إلی مالٍ من الأموال، کما یقال: علیه دین، فإن لفظه «علی» حینئذٍ لمجرّد الاستقرار فی العهده، عیناً کان أو دیْناً.

الکلام فی دلاله علی الید...

أقول:

أمّا دلالهً، فإن «علی الید» ظرف مستقر، وهو مع متعلّقه خبر مقدّم ل«ما» الموصوله، فما أخذته الید ثابت علی الذمّه، ولیس المراد منها الجارحه، بل المراد هو الاستیلاء.

فقیل: إن المعنی هو: أن علی المستولی حفظ ما استولی علیه حتی

۱- ۱) حاشیه مجمع الفائده والبرهان: ۱۳۳

يؤدّيه إلى صاحبه، فيجب على ذى اليد حفظ ما أخذ حتى يؤديه إلى صاحبه، فمدلول الحديث هو الحكم التكليفى ولا ربط له بالضّمان أصلًا، بل جعلوا كلمه «تؤدى» قرينهً على أن ذلك هو المراد، لأنه ظاهر فى وجود الشىء المأخوذ، أمّا «الضمان» أى دفع المثل أو القيمه فإنما يكون على تقدير التلف.

وأجاب الشيخ: بأنّ كلمه «على» إن دخلت على الفعل أفادت الوجوب مثل: عليه الصلاه، عليه الحج وهكذا، وإنْ دخلت على موضوع خارجى، فالمراد هو العهده مثل: عليه دين. والمراد من ما الموصوله فى الحديث هو المال الخارجى، فالمال الخارجى الذى هو ملك الغير إذا استولى عليه الشخص، فهو على عهدته حتى يؤدّيه إنْ كان موجوداً بعينه، وإنْ تلف فالمثل أو القيمه.

إن المراد من «على اليد» أى: على المستولى، فأمّا أنْ يكون المعنى: على المستولى أداء ما أخذ حتى يؤدىّ، فهذا غلط، وكذلك جعل المعنى: أنّ على المستولى ضمان ما أخذ، أو حفظ ما أخذ، أمّا الثانى، فيحتاج إلى التقدير، والأصل عدمه، وأمّا الأوّل، فلأن الضمان غرامه الشىء ببدله، فهو أمر تقديرى، وظاهر الحديث هو الفعليّه، فعلى اليد ما أخذت، أى بالفعل، فيتعيّن أنْ يكون المعنى: أن ما أخذته اليد ثابت ومستقرّ عليها، أى هو على عهده ذى اليد المستولى، ولازم ذلك أن يردّه ويؤدّيه مادام موجوداً، ولو تلف فالبدل مثلاً أو قيمهً، فعلى اليد عهده ما أخذت، ولازم ذلك إرجاع العين أو بدلها، لكنّ الصّيله دائماً محدّده ومبيّنه للموصول(١).

ص:١٧٧

وكلمه «الأخذ» قد تستعمل فى الكتاب والسنّه فى الاستيلاء على الشىء بالقهر والغلبه، كالآيه المباركه: «لا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَ لا نَوْمٌ» و «أَخْذَ عَزِيزٍ مُقْتَدِرٍ» ولو أخذنا بكلام الراغب إذ قال: «الأخذ حوز الشىء وتحصيله، وذلك تارةً بالتناول نحو «مَعاذَ اللّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلاّ مَنْ وَجَدْنا مَتاعَنا عِنْدَهُ» وتارةً بالقهر نحول قوله «لا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَ لا نَوْمٌ» (۱)

۱- ۱) المفردات فى غريب القرآن: ۱۲

كان الحديث مجملاً، والقدر المتيقّن هو صوره القهر والغلبه، فيكون الحديث ظاهراً فى الغصب وأجنبيّاً عن البحث.

وأمّا قول الشيخ:

ومن هنا كان المتّجه صحه الاستدلال به على ضمان الصغير بل المجنون، إذا لم تكن يدهما ضعيفةً لعدم التميز والشعور.

فغريبٌ، لأنّ العهده أمر وضعى، وهو يقول بأنّ الأحكام الوضعيّه غير مجعوله وإنما هى منتزعه من الأحكام التكليفيه، فما قاله هنا ينافى ما قرّره فى الاصول. هذا أوّلاً.

وثانياً: إنه لا تكليف هنا حتى ينتزع منه العهده على المبنى، أمّا أولاً:

فلأنه نفى دلاله الحديث على التكليف. وأمّا ثانياً: فلأنّ الصغير والمجنون غير مكلّفين، إلّاأنْ يقال: بانتزاعه من التكليف المتوجّه إليهما إذا بلغ الصغير أو عقل المجنون، وهذا أيضاً باطل، لأن الأمر الانتزاعى موجود بوجود منشأ انتزاعه، فكيف يكون المنتزع فعليّاً ومنشؤه يوجد فيما بعد؟ هذا مستحيل.

فما ذكره غير متّجه على مبناه.

نعم، بناءً على القول بأنّ الامور الاعتباريّه جعليّه، أمكن القول بأنّ للشارع أن يجعل العهده للصغير والمجنون كما يجعلها للمكلّف على حدٍّ سواء.

هذا تمام الكلام فى الاستدلال على الضمان بقاعده اليد.

ص:١٧٩

الدليل الثانی: الأخبار الوارده فی الأمه المسروقه.

قال الشیخ:

ویدلُّ علی الحکم المذکور أیضاً قوله علیه السّلام - فی الأمه المبتاعه إذا وجدت مسروقهً بعد أنْ أولدها المشتری - یأخذ الجاریه صاحبها ویأخذ الرجل ولده بالقیمه.

أقول:

فاستدلّ بما ورد فی أنه لو اشتری جاریهً، ثم علم بعد أنْ أولدها بکونها مسروقهً، فإنها ترجع إلی مالکها ویأخذ الرّجل ولده لکنْ یعطی قیمته لمالک الأمه، وفی بعض الروایات یدفع إلیه مالاً عوضاً عن انتفاعاته بها واستخدامه لها. وهذا هو النص:

عن أبی عبداللّه علیه السلام: «فی الرجل یشتری الجاریه من السوق فیولدها ثم یجئ مستحق الجاریه. فیه: قال یأخذ الجاریه المستحقّ ویدفع إلیه المبتاع قیمه الولد ویرجع علی من باعه بثمن الجاریه وقیمه الولد التی أخذت منه» (۱).

وعن زراره: «قلت لأبی عبداللّه علیه السّلام رجل اشتری جاریه من سوق المسلمین، فخرج بها إلی أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباها یزعم أنها له وأقام علی ذلک البیّنه. قال: یقبض ولده ویدفع إلیه الجاریه ویعوّضه فی قیمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (۲).

ص:۱۸۰

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۱ / ۲۰۵، باب حکم ما لو بیعت الأمه بغیر إذن سیّدها...، الرّقم: ۵

۲- ۲) نفس المصدر، الرّقم: ۴

دلّت هـذه النصوص على وجوب تسليم الجاريه إلى صاحبها واسترداد الثمن من السّارق، ودفع قيمه الولـد واُجره خـدمه الجاريه إلى مالكها. وقد ذكر الشيخ وجه الاستدلال بقوله:

فإنّ ضمان الولد بالقيمه – مع كونه نماءً لم يستوفه المشترى – يستلزم ضمان الأصل بطريقٍ أولى.

أقول:

وأمّا الاستدلال بالأخبار الوارده فى الأمه المسروقه، من جهه أن ضمان الولد بالقيمه هو من باب التلف، وضمانه مع كونه نماءً لم يستوفه المشترى يستلزم ضمان الاُمّ بطريقٍ أولى، ففيه:

إن الكلام فى المقبوض بالعقد الفاسد من أىّ جههٍ كان، فهى مسأله كليّه، وقيام الدليل على الضّمان من جهه الغصبيه لا يكون دليلًا على ثبوته فى مطلق موارد العقد الفاسد، لاحتمال خصوصيّهٍ فى الغصب، وعليه، فثبوت الضمان فى قضيّه الجاريه المسروقه لا يكون دليلًا لثبوته فى المدّعى الكلّى، فالأولويّه ممنوعه.

هذا أوّلًا.

وثانياً: وجه استظهار التلف هنا دون الإتلاف، هو أنه لم يتلف شيئاً، وإنما واقع الأمّه وحَمَلت منه وولـدت، بل المورد كالتالف، قال الشيخ:

وليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء، بل من قبيل إحداث نمائها غير قابل للملك، فهو كالتالف لا المتلف فافهم.

أى: إنه لمّا كانت حريّه الولد بحكم الشّارع يكون كالتالف.

لكنّ الظاهر أنه إتلاف، لأنّ فى رحم المرأه – كما يقول أهل

الاختصاص - شيئاً إذا ورد عليه ماء الرجل يحصل اللقاح بينهما وتنعقد النطفه، وعليه، فلمّا كانت الأمه مملوكه للغير كان ما فى رحمها ملكاً له، فإذا واقع الرجل الحرّ الأمه وأولدها، فقد أتلف ما كان يملكه المالك لها فى رحمها. وأمّا بناءً على أنّ الولد مادام فى رحمها فهو رق ويكون حرّاً إذا ولد، فالأمر أوضح، إذ كان هذا الرجل الحرّ هو السبب فى خروج الولد حرّاً، فيكون متلفاً لمال الغير، فالضمان ضمان الإتلاف، ولا أقل من تردّد الأمر بين التلف والإتلاف.

فلا يتم الاستدلال بهذه النصوص لما نحن فيه.

ثم إنه قد كان فى بعض أخبار مسأله الأمه المسروقه «قيمه ما انتفع»، وقد فسّر زراره ذلك بقيمه الولد، وهذا اللّفظ أيضاً يؤيد ما استظهرناه من كون المورد إتلافاً، فإنّ الانتفاع بملك الغير قد يستلزم الإتلاف على المالك(١).

ص:١٨٢

وتلخّص: سقوط الدليلين المذكورين عن الدلاله على الضمان، أمّا الأوّل فللسند، وأمّا الثانى فللدلاله.

ولكنّ الظاهر كون قاعده اليد من القواعد المسلّمه عند الفقهاء(۱)، فهل استكشفوها من السيره العقلائيه أو من بيانات المعصومين عليهم السلام؟

ص:۱۸۳

قال الأردبيلى بشرح قول العلامه: والمأخوذ بالعقد الفاسد مضمون:

المدرك للضمان قاعده اليد، وقاعده ما يضمن... ولا دليل عليهما، والأصل يقتضى العدم، وهو مع الجهل بالفساد قوى (۱).

وربما يتخيّل هنا – كما قال الميرزا الاستاد فى البحث – أنّ «لا ضرر ولا ضرار» كما ينفى الحكم الضررى، يثبت تشريع حكم لولا تشريعه يلزم الضرر.

ص:۱۸۴

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۸ / ۱۹۲

فيقال: إن قاعده على اليد لولم تشرّع يلزم الضرر.

وفيه:

أوّلاً: إن مفاد لا ضرر هو النفى، إمّا للحكم الضررى أو للحكم الذى يكون امتثاله ضرريّاً، وإما نفى للحكم بلسان نفى الموضوع كما عليه الآخوند، وليس بمثبت.

وثانياً: لو كان مثبتاً لحكم لولا تشريعه يلزم الضرر، فهو فى موارد ضمان الإتلاف لا التلف.

هذا، وقد يتوهّم دلاله عموم التعليل الوارد فى أنّ شهاده أهل ملهٍ غير نافذه لأهل ملّه اخرى، إلّاأن لا يوجد شاهد من نفس الملّه. «لأنه لا يصلح ذهاب حق أحد» (۱) على أنه لولا الضمان لذهب حقّ المسلم.

وفيه: إنه لو كان كذلك لثبت الضمان على كلّ أحدٍ من الناس وإنْ لم يكن هو المتلف، حتى لا يذهب حق أحدٍ، على أنّ هذه الأخبار وارده فى موردٍ خاص ولا علاقه لها بما نحن فيه.

وكذا ما ورد فى أن حرمه المال المسلم كحرمه دمه (۲).

لأنّه إنما يفيد فى ضمان الإتلاف لا التلف.

فالإنصاف: أنْ لا دليل على الضمان فيما نحن فيه.

إلّا أن يقال باستكشاف رأى المعصوم فى المسأله من الإجماع المدّعى فيها (۳)، فصاحب الحدائق - وإنْ كان يبطل كبرى الإجماع - يقول فى بعض

۱- ۱) وسيأتى نصّ الخبر

۲- ۲) وسيأتى نصّ الخبر

۳- ۳) المبسوط ۲ / ۱۵۰، ۲۰۴ وغيره

الموارد بأن قول الفقهاء قد يكشف عن رأی المعصوم، من باب أن رأی الرئيس يستكشف من آراء أتباعه.

وتلخّص: أنْ لا وجه للقول بالضمان إلّاهذا الذی ذكرناه أخيراً، والإنصاف أنه لا بأس به.

ص:۱۸۶

الدليل الثالث من أدلّه الضمان:

قاعده

اشاره

ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

ص:١٨٧

قال الشيخ:

ثم إن هذه المسأله من جزئيات القاعده المعروفه: كلّ عقدٍ يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده...، فإنه علّل الضمان فی غیر واحدٍ من العقود الفاسده بأنه دخل علی أن یکون المال مضموناً علیه... .

أقول:

وهذه القاعده غیر وارده فی روایهٍ، بل لم توجد بهذه العباره فی کلام من تقدّم علی العلّامه، قال: فإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم یکن علیه ضمان، لأنه قبضه بحکم أنه رهن، وکلّ عقد کان صحیحه غیر مضمون ففاسده کذلك... فلأن من أثبت الید علیه... (۱).

وفی المبسوط التعلیل: بأنه دخل علی أنْ یکون المال مضموناً علیه...

وجب عوض المثل لما تلف فی یده... (۲).

یعنی: أنه لمّا اشتری الشیء، اشتراه بنحو الضّمان ببدل المسمّی، فالإنسان لمّا یقدم علی المعامله فهو ملتزم بالضمان، فإذا ظهر فساد العقد

۱- ۱) تذکره الفقهاء ۲ / ۳۲ الطبعه القدیمه

۲- ۲) المبسوط ۲ / ۱۴۹

انتفى المسمّى، ولكنّ أصل الضمان باق، وكذا البائع.

فلابدّ من التحقيق فى هذه القاعده، وقد استدلّ بها الشيخ رحمه اللّه تعالى فى المقام. لكون المقبوض بالعقد الفاسد من صغرياتها، فهو يريد أنّ الضمان الثابت بقاعده اليد ضمان بالاقتضاء لا بالعليّه، لعدم وجود الضّمان فى بعض الموارد مع وجود اليد.

المراد بالعقد فى هذه القاعده

قال الشيخ:

إن المراد بالعقد أعمّ من الجائز واللّازم بل ممّا كانت فيه شائبه الإيقاع أو كان أقرب إليه، فيشمل الجعاله والخلع... .

أقول:

إنما احتاج إلى هذا البيان، لأنه عبّر ب«كلّ عقد يضمن...»، ولو عبّر ب«كلّ ما يضمن...» كما فى كلام بعض الفقهاء لما احتاج إليه، كما لا يخفى، وعلى كلّ حال، فالقاعده تشمل كلّ العقود، سواء الجائز منها واللّازم، بل تشمل ما فيه شائبه الإيقاع كالجعاله، فلو قال: من ردّ عليّ ضالّتى فله هذا، ثم تبيّن أن هذا ملكك للغير، فسدت الجعاله وكان ضامناً، لأن الجعاله الصحيحه فيها الضمان، وعليه دفع البدل. أو كان أقرب إلى الإيقاع كالطلاق الخلعى، فلو تبيّن فساده كانت المرأه ضامنةً، لثبوت الضمان فى الخلع الصحيح.

فحاصل كلام الشيخ: إن قاعده اليد اقتضائيه ويتوقف تأثيرها على عدم المانع، ففى كلّ موردٍ لا يضمن بصحيحه لا يثبت الضمان باليد.

المراد بالضّمان

قال الشيخ:

والمراد بالضمان في الجملتين هو درك المضمون عليه، بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الأصلي، فإذا تلف وقع نقصان فيه، لوجوب تداركه منه.

أقول:

إن كان المراد من هذه الكليّه العموم الأفرادي، أيْ كلّ فردٍ من أفراد العقود، يرد عليه الإشكال بأن الفرد المتحقق خارجاً من البيع لا ـ ينقسم إلى القسمين، إلّاأن يكون بنحو القضيّه الشرطيه، بأنْ يقال عن العقد الواقع فاسداً: إنه لو كان صحيحاً لأوجب الضمان، فهذا يوجب الضمان.

فالمراد هو العموم النوعي، أو الصّنفي.

والمراد من الضّمان هو ما ذكره الشيخ مع تعديل للعباره، فهو درك المضمون عليه بحيث يكون خسارته ودركه في ماله الأصلي، إذ ليس معنى الضمان كون خسارته... لأنّه:

أوّلاً: المقصود من القاعده: كلّ ما يضمن بالفعل... فلو كان معنى الضمان هو الخساره، كان على تقدير التلف.

وثانياً: إنّ مادّه «ضمن» لغةً بمعنى تكفّل وتعهّد (١).

وفي الخبر: «ضمنت لمن اقتصد أنْ لا يفتقر» (٢).

١- ١) الصحاح ۶ / ٢١۵۵، لسان العرب ١٣ / ٢۵٧

٢- ٢) وسائل الشيعه ١٧ / ۶۴، باب استحباب الاقتصاد وتقدير المعيشه، الرّقم: ٢

وفی آخر: «الإمام ضامن للقراءه المأموم» (۱).

فالمعنی هو الکفاله والتعهّد، ولیس الخساره کما هو ظاهر کلام الشیخ.

فیکون المال التالف ثابتاً اعتباراً فی ذمّه الضّامن.

وعلی هذا، فإن کانت المعامله صحیحه، فالطرف متعهّد وملتزم بدفع الثمن والشارع قد أمضی العوض المسمّی، أمّا لو کانت فاسدهً بمعنی أنّ الشارع لم یمض بدلیّه المسمی عوضاً عن مالیّه الشیء المبیع، فکان علی المشتری دفع البدل مثلاً أو قیمهً إن کان المبیع تالفاً، وإن کان باقیاً وجب علیه إرجاعه بعینه، وقد یجب علیه دفع أقلّ الأمرین من المسمّی والبدل، کما فی الهبه المشروطه بالعوض، فلو تلفت العین الموهوبه المشروطه بالعوض، المقبوضه بالعقد الصحیح، ثبت الضّمان، قال فی المسالک (۲): علیه دفع أقلّ الأمرین، واستدلّ لذلک: بأنّ المتّهب کان مخیّراً بین تملّک العین الموهوبه ودفع العوض، وبین إمساک العوض وإرجاع العین، والآن حیث أن العین تالفه وهو لا یدفع العوض، فالتخییر باقٍ فإمّا یدفع العوض وإمّا یدفع بدل العین، فالمتیقّن من ضمان المتّهب هو أقلّ الأمرین.

وبعباره اخری: إنْ سلّم المتّهب العوض فی الهبه المعوّضه، کانت العین الموهوبه ملکاً له، وإلّا کان للواهب الرجوع فی العین، ولو تلفت بید المتّهب والهبه صحیحه، فالبدل المسمّی أو الواقعی مخیّراً، فله دفع أقلّ الأمرین.

وقال جماعه - واختاره صاحب العروه فی فرض المسأله فی الهبه (۳) -

---

۱- ۱) وسائل الشیعه ۸ / ۳۵۳، باب وجوب اتیان المأموم بجمیع واجبات الصّلاه...، الرّقم: ۱ و ۳

۲- ۲) مسالک الأفهام ۶ / ۶۳

۳- ۳) العروه الوثقی ۲ / ۱۸۱

بـدفع العوض المسـمّى، لأـنه كـان مخيراً بين ردّ العين أو إمساكها ودفع العوض، ومقتضـى القاعـده العامه من أنه إذا تعـذّر أحد العدلين تعيّن الآخر، هو وجوب دفع العوض المسمّى إذا تعذّر ردّ العين.

لكن فيه: إنّ القاعده المذكوره إنما تجرى فى التخييرات الشرعيّه، وليس التخيير فى المقام شرعيّاً.

ومقتضـى الصّـناعه العلميّـه مـا ذهب إليه العلّـامه رحمه اللّه (١) مـن أنه ليس على المتّهب دفـع شـىء، لأـنّه لم يكن ملزمـاً بـدفع العوض، فإذا لم يدفعه كان للواهب الرجوع فى هبته، فلو تلفت العين تلفاً قهريّاً انتفى موضوع الرجوع ولا شىء على المتّهب.

لكنّ الظاهر - بناءً على تماميه قاعـده اليد - ثبوت أقلّ الأمرين من البدل الواقعى وقيمه المسـمّى لا نفسه، لأنّ الضـمان بالمسـمّى حكم العقد الصـحيح، أمّا أن الواجب أقل الأمرين، فلأن الواهب قد أسـقط بهبته الزائدعن البدل الواقعى، فإنْ كان البدل الواقعى أقل من المسمّى فهو، وإنْ كان المسمّى هو الأقلّ، فالمفروض إسقاط الواهب الزائد.

وعلى الجمله، فالضمان عند الشيخ هو الخساره، قال:

ثم تداركه من ماله تارةً: يكون بأداء عوضه الجعلى... وأخرى: بأداء عوضه الواقعى... وثالثه: بأداء أقل الأمرين... فالمراد بالضمان بقولٍ مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعى.

أى: إنّ الاختلاف بين الفقهاء فى الغرامه أنها العوض المسمّى أو

١- ١) تحرير الأحكام ٣ / ٢٦٥

الواقعی أو أقل الأمرین، لا یضرّ بکون معنی الضمان هو الغرامه والخساره علی تقدیر التلف.

أمّا عندنا، فالضمان هو التکفّل والتعهّد، والاختلاف فی الآثار والأحکام لا یوجب الاختلاف فی حقیقه معنی الضّمان.

قال الشیخ:

وأمّـا مجرّد کون تلفه فی ملکه بحیث یتلف مملوکـاً له کما یتوهّم، فلیس هـذا معنی للضـمان أصـلاً، فلا یقال إن الإنسان ضامن لأمواله.

وهـذا ردّ علی مـا قیـل من أنّ الضـمان فی العقـد الصـحیح هو بالمسـّمی، فلیکنْ معنـاه فی الفاسـد کـذلک، حتی یکون فی کلتا الجملتین بمعنیً واحد.

وبطلانـه علی قولنـا فی معنی الضّـمان أوضـح، فهو بمعنی التکفّـل فی کلتیهما، غیر أنه فی العقـد الصـحیح بالمسـّمی وفی العقد الفاسد بالعوض الواقعی وهو المثل أو القیمه، واختلاف الأثر لا یوجب اختلاف المعنی الحقیقی.

قال الشیخ:

فاحتمال أنْ یکون المراد بالضـمان فی قولهم یضـمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسـّمی، نظیر الضـمان فی العقد الصـحیح ضعیفٌ فی الغایه.

لا لأن ضمانه بالمسمّی یخرجه عن فرض الفساد... نظیر المعاطاه علی القول بالإباحه.

بل لأجل ما عرفت من معنی الضّمان... فافهم.

أقول:

قد ذکر لضعف الاحتمال المذکور – وهو أن یکون المراد من «الضمان»

ص:۱۹۴

فى العقد الفاسد هو أداء العوض المسمّى - وجهين:

الأوّل: إن ضمانه بالمسمّى يخرج العقد عن فرض الفساد.

والثانى: إن معنى الضمان هو الخساره والغرامه.

والوجه الثانى هو الصحيح عنده. وأمّا الأوّل، فقد أجاب عنه بأنه: «يكفى فى تحقق فرض الفساد...» ثم جعل المقام «نظير المعاطاه على القول بالإباحه».

وهذا الكلام مخدوش جدّاً.

أمّا قوله: «لأن ضمانه بالمسمّى يخرجه عن فرض الفساد» فهو خلف، لأنّ العوض المسمّى إنما يفرض إذا كان العقد صحيحاً، وتعيّن ماليّه الشىء فى العوض المسمّى لا يكون إلّابإمضاء الشارع الموقوف على صحّه العقد، فهو ملازم لصحّه العقد، وليس الأمر بيد المتعاملين حتى يتعيّن الآخر للعوضيّه.

وأمّا قوله: «نظير المعاطاه على القول بالإباحه» ففيه: إنا قد ذكرنا فى المعاطاه: أن المتعاطيين يقصدان التمليك لكن إمضاء الشارع مشروط بالتصرّف والتلف، وبدونه فلا ملكيّه شرعاً، فتعيّن أحد العوضين بعد التلف هو سبب صحّه المعاطاه شرعاً، لا مع فرض فسادها.

وأمّا «الضمان» فقد تقدّم أنه لغهً وعرفاً كفاله المال، بأنْ يتعهّد تسليمه، نظير كفاله النفس إذْ يتعهّد إحضار الشخص، فيكون المال فى ضمن عهده الضامن اعتباراً، وله آثار، فإن كان موجوداً بعينه سلّمه، وإن كان تالفاً، وجب عليه دفع البدل المسمّى أو الواقعى أو أقلّ الأمرين على ما تقدّم.

والكلام الآن فى عموم القاعده:

بيان عموم القاعده

قال الشيخ:

ثم العموم فی العقود لیس باعتبار خصوص الأنواع، لتکون أفراده مثل البیع والصّلح والإجاره ونحوها، لجواز کون نوع لا یقتضی بنوعه الضمان، وإنما المقتضی له بعض أصنافه... .

فهل المراد من هذا العموم الأنواع، من البیع والصلح والإجاره ونحوها، فکلّ ما یضمن بصحیحه منها یضمن بفاسده، أو الأصناف، فکلّ صنفٍ یضمن بصحیحه... أو الأشخاص والأفراد؟

قد قرّرنا فی الاصول أن أداه العموم موضوعه لاستیعاب ما هو المکثّر لوجود المدخول وهو الفرد، فمدخول «کلّ» هو العموم الأفرادی، وذلک، لأنّ الطبیعه أمرٌ واحد، وإنما تتکثّر بخصوصیّاتها الوجودیه، فمقتضی القاعده أنْ تستوعب الأداه جمیع الخصوصیّات الموجوده خارجاً، ولذا یکون الاستغراق أفرادیّاً دائماً.

لکنّ الشّیخ ضعّف القول بالعموم الأفرادی فی القاعده قائلاً:

وربما یحتمل فی العباره أن یکون معناه: أنّ کلّ شخص من العقود...

ویضعّف... .

توضیحه: إنّ ظاهر العباره هو لإنقسام العقد إلی الصحیح والفاسد بالفعل لا أنه منقسم إلی القسمین بالفرض والتقدیر.

فالشیخ لا یوافق علی العموم الأفرادی، کما لم یوافق علی العموم الأنواعی، لأنّ بعض الأنواع بخصوصیّته النوعیّه غیر مقتضٍ للضمان، وإنما

المقتضى له بعض أصناف النوع، فالصّلح - مثلاً - لا يوجب الضمان بنفسه، بل الموجب له منه هو المشتمل على المعاوضه.

فالمختار عنده هو الأعم من النوع والصنف.

أقول:

ليس القضيّه الحقيقيّه - كما يقولون فى المنطق - ما يكون الموضوع فيها شاملاً للأفراد المقدّره الوجود، بل هى لحاظ الكلى الطبيعى بنحو صرف الوجود، فيعم الأفراد الفعليه والأفراد المقدّره الوجود.

ولقد أجاد الميرزا الاستاذ قدّس سرّه إذ قال:

إن الأحكام الشرعيه كلّها بنحو القضايا الحقيقيّه، فكلّ عقد يضمن بصحيحه يعنى: كلّ عقد وجد فى الخارج وكان صحيحاً فهو لو وجد فى الخارج وكان فاسداً يضمن كما يضمن إذا كان صحيحاً.

وبعباره اخرى: كلّ عقد لو وجد صحيحاً وكان موجباً للضمان، فهو لو وجد فاسداً كان موجباً له أيضاً.

فالمناط هو القضيّه الحقيقيّه، ولا بحث حينئذٍ عن كون العموم أفرادياً أو صنفيّاً أو نوعيّاً.

ولذا أشرنا سابقاً إلى أن الأولى - كما فى كلمات كثير من الأعيان - التعبير ب«كلّ ما كان...» بدلاً عن «كلّ عقد...»، لكن الشّيخ لمّا عبّر بالثانى، احتاج إلى البحث المزبور.

قال الشيخ:

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضاؤه له بنفسه، فلو اقتضاه الشرط المتحقّق فى ضمن العقد الصحيح، ففى الضمان بالفاسد من هذا الفرد المشروط

فيه الضّمان تمسّكاً بهذه القاعده إشكال... .

أقول:

لو باع بلا ثمنٍ أو آجر بلا أجره، فهل يكون ضامناً أوْ لا؟

قيل: إنّ عموم القاعده يشمله، فهكذا بيع أو إجازه لو فرض صحيحاً لم يوجب الضمان لكونه بلا عوض، فهو الآن حيث أنه فاسد لا يوجبه.

واختار الشيخ ثبوت الضمان بناءً على ما ذهب إليه من أن الموضوع فى القاعده هو صنف العقد الذى وجد له بالفعل صحيح وفاسد، والبيع من هذا القبيل.

ولكنّ هذا بعيد جدّاً، لأنّه لا يعقل قصد حقيقه البيع فى البيع بلا ثمن، لأن الثمن ركن فيه حقيقةً، فقصد البيع مع كونه بلا ثمن تناقض لا ـ يصدر من العاقل. وكذا الأجره فى الإجاره، فيكون مراده من بعتك بلا ـ ثمن بقرينه «بلا ـ ثمن» هو الهبه، ولو قال: آجرتك بلا اجره، فمراده بقرينه «بلا اجره» هو العاريه، ولا ضمان فى العاريه كما لا ضمان فى الهبه.

فسواء قلنا بأنّ المراد من عموم العقد هو الأفرادى أو الأصنافى، لا وجه للقول بثبوت الضمان فى المثالين.

ولو أنّ العقد لم يكن معاوضيّاً ولكنّه تضمّن شرطاً يقتضى المعاوضه، فهل تجرى فيه القاعده؟

قال السيّد معترضاً على الشيخ:

بل لا إشكال فى أنّ المراد أعم من أن يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمه الشرط، فإنّ العقد مع الشرط ومجرّداً عنه صنفان متغايران، وبعد

إراده الصنف من مدخول كل لا يبقى الإشكال (1).

وأشكل عليه شيخنا الاستاذ:

«المراد من صنف العقد فى قبال نوعه وشخصه حصصه الذاتيّه - أى حصص العقد بما هو عقد - فلابدّ أن يكون القيد بحيث لا يأبى المجموع عن صدق العقد عليه، ومن الواضح أن العقد المشترط فيه الضمان عقد وشرط، لا أن المجموع عقد، فالقيود الخارجه عن العقد وانْ كانت محصصّه له إلّاأنها تحصّصه، بحصص مؤتلفه من عقد وغير عقد، والمفروض إسناد الضمان إلى العقد بمجرّده» (2).

والتحقيق أن يقال:

إن المناط فى القاعده: إن كلّ يد أوجبت الضمان فى العقد الصحيح فهى موجبه له فى العقد الفاسد، فالموضوع هو «اليد» لا «العقد»، وعليه، فإنْ كان الشرط يتعلّق باليد، كما لو شرط الضّمان فى الإجاره بالتلف السّماوى - بناءً على صحه هذا الشرط - فإنّ العين فى يد الآخذ وملاك الضمان متحقّق، وكذا فى العاريه المضمونه، وإنْ كان الشرط غير مربوط باليد، فهو خارج عن محلّ الكلام.

فلا يمكن المساعده على كلام السيّد، ولا يرد كلام شيخنا على كليّته عليه، بل يدور الأمر مدار الملاك وهو «اليد».

انتهى البحث فى ألفاظ القاعده عن «كلّ» و«عقد» و«ضمن»، والكلام الآن فى معنى «الباء».

ص:199

1- 1) حاشيه المكاسب 1 / 456

2- 2) حاشيه المكاسب 1 / 308

معنى «الباء» فى القاعده

قال الشيخ:

«ثمّ إنّ لفظه «البـاء» فى «بصـحيحه» و«بفاسـده» إمـا بمعنى «فى»... وإمّـا لمطلق السـببيّه الشامـل للنـاقصه لاـ العلّه التامّه، فإنّ العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان إلّا بعد القبض... وأمّا العقد الفاسد، فلا يكون علّه تامّهً أبداً...».

أقول:

تستعمل «الباء» للظرفيه بمعنى «فى» فيقال: أقمت بالمكان، وعلى هـذا المعنى، فلا يرد على القاعده أى إشكال، إذ تكون العباره بناءً عليه: كلّ عقد يضمن فى صحيحه بأىّ سبب، يضمن فى فاسده بأى سبب كان.

إنما الإشكال بناءً على كونها سببيّهً، لأن الفاسد لا يكون سبباً للضمان أبداً، لأنّ السبب لملكيّه العوض المسمّى هو العقد، فلو كان فاسداً لا يكون سبباً بوجه من الوجوه، ولو حصل القبض مع ذلك، كان السّبب للضّمان هو اليد.

ويندفع: بأنه لا مُلزم لأخذ السببيّه بمعنى العلّه التامّه، بل هى أعمّ منها ومن الناقصه، لأن من العقود ما لا أثر له فى الضمان إلّابعد القبض، كما فى السّلم والصّرف، ففى هذه الموارد لا يكون البيع سبباً، أى ليس علّهً تامّه بل هو جزء للسبب، فالعقد والضمان يؤثران معاً فى الملكيّه.

وأضاف الشيخ: «بل مطلق البيع... وكذا الإجاره والنكاح والخلع...».

فلو باع طعاماً لم يكن المشترى ضامناً للثمن - بالمعنى الذى ذكره - إلّا بعد القبض، لأن الطعام قبل القبض فى ضمان البائع، فلو تلف كان من ماله،

لقاعده: كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، وينفسخ البيع.

وهكذا سائر العقود المعاوضيّه الصحيحه، وعلى هذا، فالعقد جزء للسبب.

وأما العقد الفاسد، فقد ذكر لإسناد الضّمان إليه وجهين، قال:

«إمّا لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضّمان».

فالعقد الفاسد سبب عادى للقبض، وهو سبب للضمان، وسبب السبب سببٌ، فالعقد علّه تامّه للضمان، هذا هو الوجه الأوّل للإسناد.

لكنّه يبتنى على أنْ يكون الدليل لقاعده ما يضمن... هو قاعده اليد، لكون القبض تمام العلّه.

«وإمّا لأنه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض، ولذا علّل الضّمان الشيخ وغيره بدخوله على أنْ تكون العين مضمونه عليه...».

وهذا هو الوجه الثانى.

وهذا يبتنى على أنْ يكون المدرك للقاعده: قاعده الإقدام على الضمان.

فإنْ كان المدرك لقاعده ما يضمن بصحيحه... الإقدام على الضّمان، وهو إنما يكون بإنشاء العقد المعاوضى، صحيحاً أو فاسداً، فالسببيّه حقيقةً تسند إلى العقد، ولا إشكال فيه. وإنْ كان المدرك قاعده اليد، كان إسناد السببيّه إلى العقد مجازاً، لأنه من إسناد الشىء إلى ما ليس سبباً له.

فإذا كان المدرك قاعده الإقدام، كان أخذ «الباء» بمعنى السببيّه وجيهاً جدّاً، بخلاف ما إذا كان مدركها قاعده اليد، وهذا ما أفاده المحقق

الخراسانی رحمه اللّه (۱).

لکنّ الانصاف عدم تمامیّه ما ذکر، إذ لیس للید بما هی سببیّه للضّمان، بل هی فیما إذا لم یکن القبض والإقباض مجّاناً، وعلیه، فالعقد المعاوضی - ولو کان فاسداً - یخرج المعامله عن المجانیّه، وعدم المانع جزء من أجزاء السّبب، فیصحُّ بهذا اللّحاظ إسناد السببیّه إلی العقد الفاسد.

ولکنّ هذا کلّه مبنیٌّ علی ما ذهب إلیه الشیخ فی معنی «الضمان» من أنّه «الخساره» و«الغرامه». وأمّا علی ما قلناه من أنه بمعنی «الکفاله» و«العهده»، فبمجرّد وقوع العقد یکون الثمن فی عهده المشتری، وضمانه ثابت حتّی قبل القبض، فلو تلف المبیع قبله انتفی موضوع العهده وانفسخ العقد، لا أنّ الضمان متوقّف علی القبض، وعلیه، فالسببیّه للعقد فی مطلق البیع تامّه لا ناقصه.

الکلام فی مدرک القاعده

اشاره

قال الشیخ:

ثم إن المدرک لهذه الکلیّه علی ما ذکره فی المسالک... هو إقدام الآخذ علی الضمان، ثم أضاف إلی ذلک قوله صلّی اللّه علیه وآله: علی الید ما أخذت حتی تؤدّی...».

أقول:

هذه القاعده لم یرد بها نصٌّ، وقد اختلفت أنظار الفقهاء فی بیان مدرکها.

ص:۲۰۲

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۳۱

۱ – الإجماع

أمّا الإجماع - كما فى مفتاح الكرامه - فلا يعتمد عليه، لعدم كونه كاشفاً عن رأى المعصوم حتّى لو كان محصّلاً، فكيف وهو منقول.

۲ – قاعده الإقدام

وأمّا قاعده الإقدام على الضمان، كما استدلّ الشيخ فى المبسوط وتبعه بعض الفقهاء، فإنْ اريد أنّ الإقدام بما هو هو سبب للضمان كما هو ظاهر عباراتهم، فهو ساقطٌ جدّاً، وإنْ اريد أنّ الإقدام على الضّمان يرفع مجانيّه اليد، فهو لا يكون سبباً للضمان إلّابمعنى رافعيّته لجهه المجانيّه فتؤثّر اليد أثرها، وهذا هو مرادهم يقيناً، فاليد مقتضيه للضمان، ويمنع عنه المجانيّه، وحيث أن العقد الذى أقدم عليه معاوضى، فالتسليط ليس مجانيّاً، وحينئذٍ يثبت الضمان بقاعده اليد.

قال الشيخ:

وهذا الوجه لا يخلو عن تأمّل... .

أقول:

أشكل الشيخ على الاستدلال بقاعده الإقدام بأنه:

أوّلاً: إنه لا دليل شرعى على الضّمان لأنهما أقدما... على ضمانٍ خاص...

والمفروض عدم إمضاء الشارع... .

وثانياً: إنّ دليل الإقدام منقوض طرداً وعكساً، لأنّ معنى قاعده الإقدام

هو: أنه كلّما كـان هنـاك إقـدام على الضـمان فالضّـمان ثـابت، وكلّمـا لـم يقـدم فيه على الضـمان فلا ضـمان، وكلتـا الكليّـتين منتقضـتان، لأن النسـبه أعم من وجهٍ، إذ قد يكون الإقدام موجوداً ولا ضمان، كما إذا تلف المبيع قبل القبض فى البيع الفاسد، إذ لم يقل أحدٌ بضمان المشترى، لا بالعوض المسمّى ولا بالعوض الواقعى، وإنْ كان مقدماً عليه.

وفيه:(١)

ص:٢٠۴

إنّ مراد الشهيد الثانی (۱) تبعاً للشیخ أنّ الإقدام جزءٌ للعلّه لا تمامها، والجزء الآخر هو الأخذ والقبض، ولذا صرّح بالأخذ وقال: «هو إقدام الآخذ»، وحیث أنّ المفروض عدم حصوله، فالنقص غیر وارد، لعدم ثبوت الضمان بالإقدام وحده.

بل إنّ کون مرادهم ما ذکرناه هو صریح کلام الشیخ نفسه حیث قال قبل ذلک: «وإمّا لأنه سبب الحکم بالضمان بشرط القبض، ولذا علّل الضمان الشیخ وغیره بدخوله علی أن تکون العین مضمونهً علیه، ولا ریب أنّ دخوله علی الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد، فهو سبب لضمان ما یقبضه...».

هذا فی النقض الأوّل.

ونقض ثانیاً فقال:

وقد لا یکون إقدام فی العقد الفاسد مع تحقق الضمان، کما إذا شرط فی عقد البیع ضمان المبیع علی البائع إذا تلف فی ید المشتری، وکما إذا قال: بعتک بلا ثمن أو آجرتک بلا اجره. نعم، قویّ الشهیدان فی الأخیر عدم الضمان، واستشکل

۱- ۱) مسالک الأفهام ۴ / ۵۶

العلّامه... .

أقول:

ذكر موردين: أحدهما: أنْ يشترط المشترى – فى البيع الفاسد – على البائع أن يكون ضامناً للمبيع إذا تلف، أى فى يد المشترى.

إلّا أنّ هذا الضمان إنما جاء من ناحيه الشرط، ولا علاقه له بالإقدام وعدمه.

والثانى: البيع بلا ثمن، والإجاره بلا اجره، فإنه فاسدٌ عند الشيخ وموجب للضّمان.

إلّا أنّ البيع بلا ثمن يقع على صور:

منها: أنْ يبيع بشرط سقوط الثمن الثابت به فى ذمّه المشترى، فالمراد من «بلا ثمن» أى: بلا أداء الثمن، بأن يسقط بعد ثبوته.

ومنها: أنْ يبيع بشرط أن لا يكون فى البين ثمنٌ.

ومنها: أن يبيع بلا ثمنٍ، قاصداً الهبه من البيع.

ومنها: أن يقصد البيع مع قصد عدم الثمن.

والأخير باطل، لأن الثمن ركن، والجمع بين البيع وعدم الثمن تناقض.

والذى قبله صحيحٌ، بناءً على صحّه العقد باللّفظ المجازى، والمفروض أنه قصد من لفظ «البيع» معنى «الهبه» مع إقامه القرينه على ذلك ولو فرض فساده، إذ لا ضمان فى الهبه.

وأمّا الثانى، فيرجع إلى أحد الأخيرين.

وأمّا الأوّل، فلا إشكال فى صحته.

فالنقض غير وارد.

ص:۲۰۶

۳ – قاعده اليد

قال الشيخ:

وأمّا خبر اليد، فدلالته وإنْ كانت ظاهرةً وسنده منجبراً، إلّاأنّ مورده مختصٌّ بالأعيان، فلا يشمل المنافع والأعمال المضمونه فى الإجاره الفاسده.

أقول:

إنه فى البيع الفاسد وعدم حصول الملكيه، تقع اليد على ملك الغير، وأمّا الإذن الحاصل، فقد كان إذناً معامليّاً والمفروض عدم تأثيره لفساد العقد، ولذا قال بعض الفقهاء: إن المقبوض بالعقد الفاسد بمنزله الغصب، فلو تلف كان ضامناً له، فصاحب اليد ضامن.

وقد تقدم الكلام فى خبر قاعده اليد سنداً ودلالهً. أمّا سنداً، فقد قلنا بأنه ليس من أخبارنا، وإنما هو من أخبار العامّه، وهو عن سمره بن جندب وهو من الأشقياء الملعونين، ولا ينجبر هذا الضعف بالشهره بين الأصحاب، لأنّ جابريتها منوطه بأنْ نستكشف من عملهم أنّهم قد عثروا على قرائن تفيد الوثوق بصدور الكلام عن المعصوم، الذى هو الملاك لحجيّه خبر الواحد، لكنّ هذه الكبرى غير منطبقهٍ هنا قطعاً. وأمّا دلالهً، فقد ذكرنا أنه ظاهر فى الأخذ لشىء غير معطى، فهو أجنبى عن بحثنا، حيث التسليم من المالك، ولو سلّم ورود «الأخذ» لمطلق التسلّم أيضاً، كان الحديث مجملاً ولا يتمّ الاستدلال به فى المقام.

نعم، لو قام الإجماع أو السيره المعتبره على أنّ مجرّد كون مال الغير فى يد الإنسان – ولو قهراً أو خطأً، أو أنّ مطلق وضع يده على ملك الغير – موجبٌ

للضـمان، أمكن الاستدلال بالقاعده، بأنْ تكون مقتضيةً للضمان لولا المانع وهو المجانيّه، فإذا انتفت المجانيّه بالدخول على وجه الضمان بمقتضى قاعده الإقدام، دلّت القاعده على الضمان.

والحاصل: أنا قـد بيّنا مرادهم من قاعـده الإقـدام، كما بيّنا كيفيّه الاسـتدلال بقاعـده اليد على الضـمان، وقد نفى الشـيخ البعد عن ذلك إذ قال في الآخر:

ثم إنه لا يبعد أن يكون مراد الشـيخ ومن تبعه من الاستدلال على الضّمان بالإقدام... فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلّاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال واحترام الأعمال... .

وبعد، فما هو المدرك لهذه القاعده المتداوله على ألسنه الفقهاء؟

۴ – قاعده السلطنه

الـذي يمكن أن يقال هو: إنه لمّا كان الشـرط هو الإلزام والإلتزام، أو كما قال الشـيخ (۱) – في الكلام على قوله صـلّى اللّه عليه وآله: «المؤمنون عنـد شـروطهم» (۲) – إنّ الشـرط لغةً: مطلـق الالـتزام، كـانت المعـامله مبتيّه على الالـتزام بالتملـك بعـوضٍ من الطرفين، وحيث أن هـذا البنـاء موجود كشـرط ضـمنيّ في المعامله الفاسـده أيضاً، وإلّا لما سـلّم كلّ منهما ملكه للآخر، فاشتراط البدل والعوض موجود في المعامله المعاوضـيّه على كلّ حال، وعدم إمضاء الشارع للعقد الفاسد، إنما يمنع من ترتيب الأثر عليه، فلا يتعيّن البدل المسمّى للبدليّه، أمّا الالتزام بأصل البدل فباقٍ على حاله بمقتضى

۱– ۱) المكاسب ۳ / ۵۶

۲– ۲) وسائل الشيعه ۲۱ / ۲۷۶، باب أن من شرط لزوجته أن لا يتزوج عليها...، ذيل الرّقم: ۴

الحدیث المذکور.

وتلخص: أن المـدرک للقاعده - سواء کانت المعامله صـحیحه أو فاسده - لیس قاعده الإقدام ولا قاعده الید، بل هو قوله صـلّی اللّه علیه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» ولیس غیره.

ثم إنّ الشـیخ قد أشـکل فی الاستدلال بقاعده الید بأنها لا تشمل المنافع والأعمال، کمنافع الدار المستأجره بعقدٍ فاسد، أو أعمال الأجیر فی الإجاره الفاسده.

لوضوح أنها لا تقع فی حیّز الیـد، وظاهر قوله: «علی الیـد ما أخـذت» أنْ یکون الشـیء قابلاً للأخـذ بالید، مضافاً إلی اعتبار کون الشیء قابلاً للأداء، کما هو ظاهر «حتی تؤدی»، والمنافع والأعمال لا قابلیه لها لذلک، لعدم کونها موجودهً فی الخارج.

فقال المحقق الخراسانی:

«مورده وإنْ کان مختصّاً بالأعیان، إلّاأنّ قضـیّه کونها مضـمونهً ضمان منافعها، فضمان المنافع فی الإجاره الفاسده إنما یکون بتبع ضمان العین المسـتأجره، وبالجمله، قضـیّه ضـمان الید ضـمان المنافع فیما کانت العین مضـمونه بها فاختصاص مورده بالأعیان لا یوجب اختصاص الضمان بها...» (1).

وفیه:

إنه لا ضمان بالنسبه إلی العین فی الإجاره الفاسده.

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۳۱

وقال شيخنا الاستاذ:

إن «ما» الموصوله تشمل الأعيان والمنافع والأعمال، و«اليد» عباره عن الاستيلاء، فعلى المستولى ما أخذ... و«الأخذ» يشمل الكلّ لأنه مطلق التناول (١).

وبالجمله، فإن الإشكال يندفع بأن المراد من «الأخذ» هو «الاستيلاء» وهو فى كلّ شىء بحسبه، ومن «الأداء» هو «الخروج عن العهده»، وبهذا يكون الحديث شاملاً للمنافع والأعمال أيضاً.

إلّا أنّ الشيخ جعل المدرك للقاعده فى المنافع والأعمال أدلّه اخرى غير قاعده اليد، فقال:

اللهم إلّاأنْ يستدلّ على الضمان فيها بما دلّ على احترام مال المسلم وأنه لا يحلّ عن طيب نفسه، وأنّ حرمه ماله كحرمه دمه، وأنه لا يصلح ذهاب حق أحد، مضافاً إلى أدلّه نفى الضرر... .

أقول:

تقريب الاستدلال ب«لا ـ يحلّ مال...» هو: أنه قد اسند عدم الحليّه إلى «المال» ولم يقل: لا يحلّ التصرّف ونحوه، فالمعنى: إنه ليس مال المسلم طِلقاً لغيره، فلا يجوز لأحدٍ التصرّف فيه إلّابرضاه، وأنه لولا الرّضا فالضمان ثابت.

١- ١) حاشيه المكاسب ١ / ٣١٦

۵ – قاعده الاحترام

وأمّا قاعده الاحترام، فمستندها الحديث:

عن أبی عبداللّه علیه السّلام: «إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله وقف بمنی حتی قضی مناسکها فی حجّه الوداع - إلی أنْ قال - فقال: أیّ یومٍ أعظم حرمه؟ فقالوا: هذا الیوم، فقال: فأیّ شهر أعظم حرمهً؟ فقالوا: هذا الشهر.

قال: فأیّ بلدٍ أعظم حرمهً؟ قالوا: هذا البلد. قال:

فإنّ دماءکم وأموالکم علیکم حرام کحرمه یومکم هذا فی شهرکم هذا فی بلدکم هذا...» (۱).

وعن أبی جعفر الباقر علیه السّلام عن جابر بن عبداللّه الأنصاری فی حدیثٍ: إنّ النّبی قال: «إن دماءکم وأموالکم حرام علیکم...» (۲).

وعن أبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام: «إن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله قال: سباب المؤمن فسوق وقتاله کفر وأکل لحمه معصیه للّه وحرمه ماله کحرمه دمه» (۳).

وعن أبی ذر عن النّبی صلّی اللّه علیه وآله - فی حدیث - «یا أباذر، سباب المؤمن فسوق وقتاله کفر وأکل لحمه من معاصی اللّه وحرمه ماله کحرمه دمه» (۴).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۹ / ۱۰، الباب ۱ من أبواب القصاص فی النفس، الرّقم: ۳

۲- ۲) بحار الأنوار ۲۱ / ۴۰۵

۳- ۳) وسائل الشیعه ۸ / ۵۹۹، الباب ۱۵۲ من أبواب أحکام العشره، الرّقم: ۱۲

۴- ۴) وسائل الشیعه ۸ / ۵۹۸، الباب ۱۵۲ من أبواب أحکام العشره، الرّقم: ۹

ويمكن الاستدلال بها بوجهين:

أحدهما: إنه لو اتلف مال المؤمن ولم يعوَّض عنه لزم ضياعه وذهابه هدراً، وهذا ينافى الاحترام، ولا ريب أنّ «المال» غير مختصّ بالأعيان، فمنفعه الـدّار والدابّه مثلاً مال، وكذلك العمل، فإنه مال لأنه يبذل بأزائه المال، وتميل إليه النّفس، فلابدّ من دفع البدل عنهما وإلّا يلزم هتك حرمتهما، فمقتضى احترام مال المؤمن المستوفى من دون رضاه، دفع البدل والعوض إليه.

والثانى: إنّ مقتضى تشبيه المال بالدم هو الضمان، فكما لا يذهب دم المؤمن هدراً وتجب الديه، كذلك ماله ويجب دفع العوض، سواء كان عيناً أو منفعه أو عملاً.

وكذلك الحال فى السبّ والغيبه، فالحكم الوضعى - بالإضافه إلى الحكم التكليفى - ثابت.

وهذا غايه تقريب الاستدلال بقاعده الاحترام فى مسأله المنافع والأعمال، ثم نقول:

تارةً: يستأجر الدار بالإجاره الفاسده ويسكن فيها أو الدابّه ويركبها، فلا ريب فى الضمان وعليه دفع البدل، كما لو كان العقد صحيحاً، واخرى:

يستأجر ولم ينتفع، فإنْ كان العقد صحيحاً، فلا كلام فى الضّمان بأدلّه الإحترام، لأنه لا يذهب مال المؤمن هدراً، وأمّا إنْ كان فاسداً، والمفروض أنّه لم يذهب شىء من المال هدراً ولم يكن إتلافٌ، فلا موضوع لأدلّه الاحترام حتى يجب الضمان فيدفع البدل.

ص:۲۱۲

إذنْ، فى موارد عدم الانتفاع، الإجاره الفاسده ليست كالإجاره الصحيحه، إذ الضمان ثابتٌ فى الصحيحه وإنْ لم ينتفع ولم يستعمل، أمّا فى الفاسده إذا لم ينتفع بالشىء ولم يستعمل الأجير فلا ضمان.

وتلخّص: أنْ لا كليّه لدليل الإحترام.

ولزياده التوضيح نقول: إنّ معنى احترام مال المسلم وعمله هو ثبوت العوض له، وهذا يكون فى موردين، أحدهما: أنْ يأمره بالعمل فيأتى به من غير أنْ يقصد التبرّع بل بقصد العوض، فالآمر ضامن للبدل بلا إشكال.

والثانى: أنْ يقع العقد بينهما صحيحاً، ففى هذه الصوره يضمن المستأجر الأجر المسمّى، سواء انتفع أو استخدم الأجير أوْ لا.

وأمّا لو وقع العقد فاسداً، فإنْ حَمَله على العمل ضمن اجره المثل دون المسمّى، لفساد العقد، وإنْ عمل الأجير بلا طلبٍ من المستأجر، بل لاعتقاده صحّه العقد وأنّ ذمّته مشغوله مثلاً، فلا دلاله لأدلّه الاحترام على الضّمان.

فالقاعده منتقضه، والصحيح هو التفصيل.

۶ – لا يحلّ مال امرئ...

وأمّا ما دلّ على أنه لا يحلّ مال المسلم إلّاعن طيب نفسه، فالذى فى وسائل الشيعه باللّفظ التالى فى خبرٍ:

«لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّابطيبه نفسه منه» (۱).

۱– ۱) وسائل الشيعه ۵ / ۱۲۰، الباب ۳ من أبواب مكان المصلّى، الرّقم: ۱. وأنظر: الرّقم ۳ من نفس الباب. ونفس المصدر ۹ / ۵۳۹، الباب ۳ من أبواب الأنفال، الرّقم: ۲، و ۲۴ / ۲۳۴، الباب ۶۹ من أبواب الأطعمه المحرّمه، الرّقم: ۳، وغوالى اللئالى ۳ / ۱۸۴ باب الجهاد، الرّقم: ۹. وقد أوردنا النّصوص فى الجزء الأوّل: ۲۴۴ – ۲۴۵، وبعض أسانيدها معتبر بلا كلام

والحليّه تاره: تكليفيه فى مقابل الحرمه التكليفيه، وهـذا يكون فى موارد إسـنادها إلى الفعل الاختيارى، كأنْ يقال: يحلّ ذلك أن تأكل وتشرب...

وهكذا... ولو أسـند إلى الأعيان كأنْ يقال: يحلّ لك الماء، احتاج إلى تقدير الفعل الاختيارى أى: شرب الماء، وكذلك الحرمه كقوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ» (۱)

واخرى: وضعيّه، وذلك يكون حيث تسند إلى الأعيان، ولا يقدر الفعل ولو بأصاله عدم التقدير.

وفى هذه الروايه، قد اسندت الحليّه إلى «المال»، فلو قدّر «التصرّف» كانت تكليفيّه، لكنّ الأصل عدم التقدير.

وإنْ شئت فقل: إن الروايه تدلّ على عدم الحليّه حيث لا طيب نفس، وعدم الحليّه مطلق يشمل الوضعيه والتكليفيه معاً.

والحاصل: إنّ نفس المال له حرمه واحترام.

هذا غايه ما يقال فى تقريب الاستدلال بهذه الروايه على ضمان المنافع والأعمال المستوفاه إذا لم يقصد التبرّع.

والإنصاف: عدم إمكان المساعده عليه، وذلك:

لأن إسـناد الحليّه والحرمه إلى الأعيان قرينهٌ على إراده الحكم التكليفى المتعلّق بها، فلو قيل: يحلُّ الماء ويحرم الخمر، أى: شربه، يحلّ الطّعام أو يحرم الطّعام، أى: أكله، وهكذا، فى سائر الموارد، إذ يقدّر الفعل المناسب فى

۱- ۱) سوره النساء: ۲۳

كلٍّ منها.

هذا كلّه بناءً على ظاهر الروايه.

وأمّا بناءً على اللفظ الموجود فى كلمات الفقهاء: «إلّا عن طيب نفسه» فالإشكال أوضح، لأن ظاهر «عن طيب نفسه» صدور الفعل، فهو دالٌّ على الحكم التكليفى من دون تردّد.

٧ – لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ

وأمّا الروايه: «لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ» فهذا نصّها:

عن ضريس قال: سألت أبا جعفر عن شهاده أهل الملل، هل تجوز على رجلٍ مسلم من غير أهل ملّتهم؟

فقال: لا، إلّاأن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، وإنْ لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصيه، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم ولا تبطل وصيّته» (١).

وعن الحلبى ومحمّد بن مسلم عن أبى عبداللّه قال: «سألته هل تجوز شهاده أهل ملّه من غير أهل ملّتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ» (٢).

وعن سماعه قال: سألت أبا عبداللّه عليه السّلام عن شهاده أهل الذمّه.

فقال:

لا تجوز إلّاعلى أهل ملّتهم، فإنْ لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على

١- ١) وسائل الشيعه ١٩ / ٣٠٩، الباب ٢٠ من أبواب أحكام الوصايا، الرّقم: ١

٢- ٢) وسائل الشيعه، نفس المصدر، الرّقم: ٣

الوصيّه، لأنه لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ» (۱).

تقریب الاستدلال: إن الدار أو الدابّه المستأجره ذات المنفعه، إن ذهبت المنفعه هدراً - بأنْ لا یکون فی الإجاره الفاسده ضمانٌ - ضاع حقّ السلم، وهذا ما لا یصلح، بمقتضی النصوص المذکوره، فإنّها وإنْ کانت واردهً فی مورد الوصیّه إلّاأنّ ذلک لا یخصّصها بل التعلیل الموجود فیها معمّم کما لا یخفی، أو أنّ الإمام قد طبّق الکبری الکلیّه علی مورد الوصیّه.

وعلی الجمله، فالمنفعه والعمل حقٌّ، ولا یصلح ذهاب حقّ أحدٍ، فالضمان ثابت فی الإجاره الفاسده کما هو ثابت فی الصحیحه.

ولکنْ فیه نظر:

فإنّ الکبری الکلیّه مسلّمه، لکنّ موردها صوره استیفاء المنفعه أو وقوع العمل بأمرٍ من المستأجر، وأمّا لو استأجر الدابّه - مثلاً - بعقدٍ فاسدٍ ولم ینتفع بها أصلاً، لم یتحقّق لصاحبها حقٌّ کی یلزم من عدم دفع اجره المثل ذهاب حقّه.

وبعباره اخری: الذهاب فرع الوجود، إنه لم یتحقّق لصاحب الدابّه علی المستأجر حقٌّ لیکون ضامناً لأنه لا یصلح ذهاب حق أحد، فلا مصداقیّه هنا لقاعده ما لا یضمن... هذا أوّلاً.

وثانیاً: إنّ العمل فعل اختیاری للإنسان، وهو عرض قائم به، فلا یکون مصداقاً ل«الحق»، کما لا یکون مصداقاً ل«الملک»، ولذا فإن عمل الحرّ لا یکون ملکاً له، فلا یقال لمن یتمکّن من القیام بأعمالٍ کثیرهٍ أنّ له ملکاً کثیراً

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۹ / ۳۱۱، الرّقم: ۵

کما تقدّم فی محلّه.

وعلی الجمله، فإن صدق «الحق» علی «العمل» فی غایه الإشکال.

۸ – قاعده لا ضرر

وأمّا الاستدلال للمقام بأدلّه نفی الضّرر، من جهه أنّ عدم الضمان ضرر، فیثبت الضّمان فی المنافع والأعمال مع فاسد العقد. فلا ریب فی ثبوت قاعده نفی الضرر، وأدلّتها متواتره أو مستفیضه (۱)، وفی لفظٍ: أنه صلّی اللّه علیه وآله قال: «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام» (۲).

ولکنّ الاستدلال بهاهنا فی غیر محلّه، وتوضیح ذلک هو:

إن «لا» نافیه للجنس، فطبیعی الضرر منفیّ تشریعاً، أمّا علی القول بأن المعنی: کلّ موضوع ضرری فلا حکم له فی الشریعه، لأنّ نفی الموضوع تشریعاً عباره عن عدم حکمه، فهو نفی للحکم بلسان نفی موضوعه، ونظیره فی الکتاب والسنّه کثیر، ومنه قوله تعالی: «فَلا رَفَثَ وَ لا فُسُوقَ وَ لا جِدالَ فِی الْحَجِّ» (۳)، فلا ربط للقاعده بما نحن فیه أصلاً.

وأمّا علی القول بأن المعنی: کلّ حکمٍ ینشأ منه الضرر فهو منفی فی الشرع – کما هو مختار الشیخ – أی: لا حکم ضرری فی الإسلام، فلیس فی محلّ البحث هنا حکمٌ ینشأ منه الضرر حتی یتمسّک بالقاعده لنفیه.

۱– ۱) أنظر ۲۵ / ۴۲۷، الباب ۱۲ من أبواب إحیاء الموات

۲– ۲) وسائل الشیعه ۲۶ / ۱۴، الباب ۱ من أبواب موانع الإرث

۳– ۳) سوره البقره: ۱۹۷

إلّا أن يقال:

إنّ ما ورد فی لسان الشارع من: لا یجب کذا أو لا یحرم کذا أو لا یحلّ کذا، ونحو ذلک، لیس إخباراً عن عدم الحکم، لأنّ الأحکام کلّها عدم فی الأزل، بل هو إنشاءٌ لعدم الحکم والتعبّد به، ولذا یجری استصحاب العدم الأزلی ویتعبّد به، وعلی هذا، فحکم الشارع بعدم الضمان فی الأعمال والمنافع المستوفاه بالعقد الفاسد، حکمٌ ینشأ منه الضّرر، فهو منفیٌّ بأدلّه نفی الضرر، وإذا ارتفع العدم ثبت نقیضه، فالضمان ثابت.

هذا غایه ما یمکن أن یقرَّب به الإستدلال بقاعده «لا ضرر».

وخلاصته: إن معنی القاعده: کلّ حکم ینشأ منه الضرر فهو منفی، وإن عدم الحکم ممّا یمکن التعبّد به، ونفیه جعلٌ لعدمه، وتکون النتیجه ثبوت الحکم بالضّمان.

وفیه: إنه لا کلام فی أنّ عدم الحکم ممّا یمکن التعبّد به، ولکنّ ما نحن فیه لیس من هذا القبیل، إذ المفروض عدم إنشاء الحکم بعدم الضّمان، والقول بأن عدم الحکم من دون إنشائه مجعول، فاسد جدّاً.

هذا أوّلاً.

وثانیاً: ظاهر الروایه: أن المنفیّ هو الحکم الضرری، لا عدم الحکم الذی ینشأ منه الضرر.

فالقول بعدم حکم الشارع فیما نحن ضرری، فیکون مجری قاعده لا ضرر، لا یمکن المساعده علیه بوجهٍ.

فإنْ قلت: إنّ الانتفاع بدار الغیر أو دابّته - مثلاً - بلا دفعٍ للبدل «ضرار»، وهو منفیٌّ بالحدیث الشریف، فیجب التدارک.

قلت: إنّ مفاد الحديث نفى الضرار، لا نفى الضرار غير المتدارک، وتدارک الشیء غیر عدم الشیء.

وتلخص:

عدم الدلیل علی الضمان فی الأعمال والمنافع المستوفاه بالعقد الفاسد، فقاعده: ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده... منتقضه.

وأمّا بناءً علی ما ذکرنا من أنّ دلیل القاعده هو: قاعده السّلطنه، بالبیان المتقدّم، فغایه ما یمکن أن یقال فی الأعمال والمنافع هو: إنّ تسلیمه الدار للانتفاع بها، مبنیٌّ علی أنّ المنفعه المستوفاه لیست مجانیّهً، فمقتضی هذا الشرط الضمنی - بعد عدم وجوب دفع العوض المسمّی، لفساد العقد - وجوب دفع البدل، فیختصّ الاستدلال بصوره استیفاء المنفعه أو العمل، وأمّا حیث لم یتحقق الاستیفاء، فلا دلاله للقاعده علی الضمان(1).

الكلام فی الأعمال التی لا یرجع نفعها إلی الضمان

قال الشیخ:

ویبقی الکلام حینئذٍ فی بعض الأعمال المضمونه التی لا یرجع نفعها إلی الضامن ولم یقع بأمره، کالسبق فی المسابقه الفاسده، حیث حکم الشیخ والمحقق وغیرهما بعدم استحقاق السّابق اجره المثل، خلافاً لآخرین. ووجهه... .

أقول:

إنّ المسابقه عقد مشروع مستقلّ مبحوث عنه فی کتاب السّبق والرّمایه، وهو من العقود اللّازمه، یتعاقدان علی أنْ یکون السَّبَقُ لمن سبق، ویکون السَّبَق من أحدهما أو من کلیهما.

فإنْ کان العقد صحیحاً، فالضمان - وهو کون السَّبَق للسابق - ثابت، وأمّا إنْ کان فاسداً، فحکم شیخ الطائفه (۱) وجماعه بأنْ لا ضمان بالنسبه إلی اجره المثل، فکان ما یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده. وذهب العلّامه والمحقق الثانی (۲) وآخرون إلی ثبوته أخذاً بالقاعده.

ص:۲۲۰

۱- ۱) أنظر: المبسوط فی فقه الإمامیه ۶ / ۳۰۲، شرائع الإسلام ۲ / ۲۴۰، مسالک الإفهام ۶ / ۱۰۹ - ۱۱۰

۲- ۲) أنظر: تذکره الفقهاء ۲ / ۳۵۷، جامع المقاصد ۸ / ۳۳۷، إیضاح الفوائد ۲ / ۳۶۸

وقد اختار الشيخ القول الأوّل، فالقاعده على هذا القول منتقضه، والوجه فى ذلك هو:

إنّ الأدلّه التى أقامها الشيخ على الضّمان فى المنافع والأعمال غير جاريه هنا، وذلك، لأن موجب الضمان إمّا هو الانتفاع بمال الغير فيجب عليه التدارك، وإمّا أنْ يأمر الغير على عملٍ، وعمل المسلم محترم، فتجب عليه اجرته، وإمّا هو الإجاره أو الجعاله الصحيحه، فيجب عليه دفع العوض المسمّى.

والمسابقه الفاسده ليست بإجارهٍ أو جعاله، ولا يترتّب عليها ضمان المسمّى لعدم صحّتها، والعمل الذى قام به لم يقع بأمر الضّامن، وهو لم ينتفع بالعمل. وإذْ لا أمر ولا استيفاء للمنفعه ولا عقد يكون مؤثّراً فى استحقاق الاُجره والعوض، فلا ضمان(١).

ص:٢٢١

هل يفرّق فی الضّمان بين علم الدافع وجهله؟

قال الشيخ:

ثم إنّه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان فی الفاسد بين جهل الدافع بالفساد، وبين علمه مع جهل القابض، وتوهّم أن الدّافع... .

أقول:

إنما ينتفی الضمان فی موارد، كالإذن فی التصرّف أو الغرور حيث أن المغرور يرجع إلی من غرّه، وأمّا فی العقد الفاسد، فقد يكون كلاهما جاهلين بفساده، أو عالمين به، أو الدافع جاهل والقابض عالم، أو بالعكس.

فإن كانا جاهلين، فالضمان ثابت، لقاعده الضّمان بناءً علی تماميّتها، وإنْ كان الدافع جاهلاً والقابض عالماً، فبطريقٍ أولی، لأنه يعتقد بصحه العقد فيسلّم الشیء، لكنّ الآخذ عالمٌ بالفساد فهو بأخذه يكون ضامناً بلا إشكال.

وإنْ كان الدافع عالماً بالفساد والقابض جاهل، أو كانا عالمين، فقد يقال

بعدم الضمان:

لأن الإقباض مع العلم بالفساد إذنٌ فى التصرّف، فلا ضمان حينئذٍ.

أو لأنّ الإقباض فى هذه الحاله أمانه مالكيّه(١).

أو لأنّه لمّا كان الدافع عالماً والقابض جاهلًا، فإنّ القابض مغرورٌ من قبل الدّافع، والمغرور يرجع على من غرّه.

لكنّ ذلك كلّه توهّم.

لأن الأمانه المالكيّه، إمّا هى عباره عن الإيداع أو الإعاره ونحوهما، ولا شىء من هذه العناوين بمقصود للدافع، فلا موضوع للأمانه هنا.

وأمّا الإذن فى التصرّف، فإنه من باب الجرى على المعاوضه تشريعاً أو من باب عدم المبالاه بالحكم الشرعى، فهو لم يدفع الشىء مجّاناً ليكون إعطاؤه إذناً فى التصرّف، لأن الإذن فى التصرّف يكون فى حال الدفع مجّاناً مع إمضاء الشارع، خاصّةً فى صوره علمهما بالفساد، فإنّه لا يتصوّر الآخذ إذن الدّافع ورضاه بالتصرّف.

ص:٢٢٣

وأمّا قاعده الغرور، فإنما تجرى فى موردٍ يكون التصرّف بتغرير الغير مع الاعتقاد بعدم الضّمان، وليس القبض فيما نحن فيه كذلك، بل هو على وجه المعاوضه.

وعلى الجمله، فالضمان ثابت فى الصّور الأربع، لِقاعده الضّمان بناءً على تماميّه الاستدلال بها كما عليه الشيخ، أو لقاعده السّلطنه كما هو المختار عندنا، غير أنه لا موضوع لذلك فى صوره عدم الانتفاع أو عدم التسبيب للفعل.

هذا كلّه فى أصل القاعده، وقد تبيّن أنّ الصحيح جريانها على أساس قاعده المؤمنون عند شروطهم، فى كلّ موردٍ يتحقّق التصرف فى الشيء أو الاستيفاء للمنافع أو التسبيب للعمل.

الكلام فى عكس القاعده

قال الشيخ:

وأمّا عكسها، وهو: إنّ ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، فمعناه: إن كلّ عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده، ففاسده لا يفيد ضماناً، كما فى عقد الرهن والوكاله والمضاربه... .

أقول:

هناك عقود ليس فى صحيحها ضمان إذا حصل التلف، كالهبه والوكاله والرهن والمضاربه، كذلك فى فاسدها، بمقتضى عكس القاعده، ويعود البحث هنا فى معنى «الباء»، والسببيّه أوفق، أمّا بناءً على كون المدرك هو قاعده الإقدام فواضح، وأمّا بناءً على كونه قاعده اليد، فإنها قاعده اقتضائيّه

والمانع عنها إذن المالک کما تقدم، فعدم المعلول بسبب وجود المانع.

قال:

والعاریه غیر المضمونه بل المضمونه، بناءً علی أنّ المراد بإفاده الصحیح للضمان إفادته بنفسه لا بأمر خارج... .

أقول:

أمّا غیر المضمونه فواضح، وأمّا المضمونه، فلا ضمان فیها کذلک، بناءً أن مرکز البحث فی وجوب الضمان وعدمه عباره عن نفس العقد، فالمضمونه داخله فی البحث لاندراجها تحت عکس القاعده وإنْ کان الضّمان ثابتاً فیها، لأن ثبوته بالشرط، وهو أمر خارج عن العقد، هذا ما أفاده.

ولکنّ التحقیق عدم دخول العاریه المضمونه فی البحث، سواء کان دلیل القاعده هو الید أو قاعده الإقدام، علی ما تقدّم.

الخلاف فی ضمان العین المستأجره

قال الشیخ:

ثم إنّ مقتضی ذلک عدم ضمان العین المستأجره فاسداً، لأنّ صحیح الإجاره غیر مفیدٍ لضمانها کما صرّح به... إلّاأنّ صریح الریاض الحکم بالضمان... والأقوی عدم الضمان، فالقاعده المذکوره غیر مخصّصه بالعین المستأجره ولا متخصّصه.

أقول:

قد وقع الکلام بین الفقهاء فی ضمان العین المستأجره بالعقد الفاسد إذا

تلفت إلّاأنْ يشترط على كلامٍ(١) فيه:

فقيل بعدم الضّمان، لأنّ صحيح الإجاره غير موجبٍ للضّمان، ففاسدها كذلك بمقتضى القاعده، وهذا صريح جماعهٍ وظاهر كلام آخرين (١).

وقيل بالضّمان، وهو صريح الرياض، وحكى نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب (٢)، قال الشيخ: والظاهر أنّ المحكىّ عنه هو المحقّق الأردبيلى (٣).

والمحقّق الثانى (۴) اختلف كلامه، فاختار فى بدو النّظر الضّمان، للفرق بين الإجاره الصحيحه والفاسده، أمّا فى الصحيحه، فلا ضمان، لأنّ يد المستأجر أمانيّه، وأمّا فى الفاسده، فلأنها عدوانيّه، والتصرف فى العين حرام

١- ١) أنظر: القواعد ١ / ٢٣۴، تحرير الأحكام ١ / ٢۵٢، التذكره ٢ / ٣١٨

٢- ٢) الرياض ٢ / ٨

٣- ٣) مجمع الفائده والبرهان ١٠ / ۵٠

۴- ۴) جامع المقاصد ۶ / ٢١۶

لأنه غصب فيضمنه.

ثم قال بعد ذلك بعدم الضمان، لقاعده ما يضمن بصحيحه فقال: إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإنْ لم يكن مستحقّاً للاستيلاء، (قال) ولو شكّ، فالأصل براءه الذمّه من الضمان، ثم نقض القول بالضمان فى الإجاره الفاسده بالرهن الفاسد، وقد قام الإجماع على عدم الضمان فى فاسده كما لا يضمن فى صحيحه.

قال الشيخ:

لعلّ الحكم بالضّمان فى المسأله، إمّا لخروجها عن قاعده ما لا يضمن... وإمّا لأنّ قاعده ما لا يضمن معارضه هنا بقاعده اليد.

أى: فهى خارجه عن القاعده تخصّصاً أو تخصيصاً.

أمّا تخصّصاً، فلأنّ القاعده إنما تجرى فى العقد بحسب ما تعلّق به، وفى الإجاره يتعلّق العقد بالمنفعه لا بالعين، فضمان العين إذا تلفت فى العقد الفاسد مستند إلى دليلٍ آخر غير القاعده، وهو: إنّ دفع الموجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر الانتفاع بها، والمفروض عدم الاستحقاق لفساد العقد، فيده عليها يد عدوانٍ موجبه للضّمان.

وأمّا عدم الضّمان للعين فى الإجاره الصحيحه، فلأنّ يد المستأجر يدٌ أمانيّه ولا ضمان فى الأمانه.

وأمّا تخصيصاً، فلأن القاعده معارضه فى الإجاره الفاسده بقاعده اليد، وقاعده اليد أظهر منها فتقدّم عليها.

هذا شرح كلام الشيخ رحمه اللّه.

ص:٢٢٧

وأقول:

إنّ الإجاره على أقسام:

أحدها: أنْ تكون العين المستأجره بيد المالك، كأن يستأجر السيّاره لحمل المتاع، والذى يقودها هو المالك لها.

ولا كلام فى عدم ضمان المستأجر فى هذا القسم.

والثانى: أنْ يستأجر السيّاره، ويقودها شخص آخر بإذنٍ من المالك.

ولا كلام فى عدم ضمان المستأجر فى هذا القسم أيضاً.

والثالث: أن يستأجر السيّاره، ويكون هو القائد لها، وهذا هو محلّ الكلام.

قال الشيخ:

مورد العقد فى الإجاره المنفعه، فالعين يرجع فى حكمها إلى القواعد... .

فقال المحقق الخراسانى: «الإجاره عباره عن إضافه خاصّه بين العين المؤجره والمستأجر» (1).

وقال شيخنا الاستاذ: «الإجاره عباره عن جعل العين فى الكراء أو جعل نفسه بالاُجره ولا يتعدّى إلّابالعين، وملك المنفعه لازمها الغالبى...» (2).

وما ذكره شيخنا فى غايه الدقّه والمتانه، وقد أوضحناه فى كتاب الإجاره بالتفصيل.

وعلى الجمله، إنه لو كان مفاد مادّه الإجاره عبارةً عن تمليك المنفعه،

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۳۲

۲- ۲) حاشيه المكاسب ۱ / ۳۲۸ - ۳۲۹

کـان للضـمان وجه، بـأن یکون معنی «آجرتـک الـدار» تملیـک منفعتها، وهـذا صـحیح، ولو قال: آجرتک نفسـی، یکون معناه: ملّکتک منافع نفسی، بأنْ یقصد العمل، إن صحّ التعبیر عنه بالمنفعه... .

ولکنّ حقیقه الإجاره لیس تملیک المنفعه.

وقیـل: الإجـاره هی التسـلیط علی العین للانتفاع بها بعوض، وهو مختار السـیّد فی العروه (۱)، ولاـ بأس فی هـذا القول، لکنّه غیر جامع للموارد، إذ لا تسلیط فی مورد الحرّ المستأجر للعمل کالخیاطه مثلًا، فما ذکره یختصُّ بإجاره الأعیان ولا یشمل عمل الحرّ.

فسواء تکون الإجـاره إضافهً خاصّهً کما قال المحقق الخراسانی، أو جعل العین فی الکراء کما قال شـیخنا، أو التسـلیط علی العین للانتفاع کما قال السیّد، فإنّ العین واقعه فی حیّز المستأجر بواسطه المالک، وهو مأذونٌ فی التصرّف فیها والانتفاع بها، وحینئذٍ، لا معنی للقول بالضّمان.

ومـا ذکره الشـیخ – من أنّ دفـع المالـک العین فی الإجـاره الفاسـده إنمـا هو من جهه البنـاء علی کون المسـتأجر مالکـاً للمنفعه، والمفروض عـدم الملکیه، لفساد العقـد، فیده ید عدوانٍ موجبه للضـمان – عجیب جدّاً، لما ذکرنا مراراً من أن القضـیّه الخارجیّه تختلف عن الحقیقیّه، فلو سـلّم الشـیء لغیره بـداعٍ من الدواعی، لم یعقل فیه التقدیر والتقیید والتعلیق، لأن هذه الامور من أحکام القضایـا الحقیقیّه الکلیّه لاـ الخـارجیّه الجزئیّه، والمفروض هنـا أنه قـد سـلّمه الشـیء لاعتقـاده بکونه مالکـاً للمنفعه، ومـا وقع فی الخارج لا ینقلب عمّا وقع

۱– ۱) العروه الوثقی بحاشیه السید الخوئی ۲ / ۳۷۱

عليه، فهو قد أذن له بالتصرّف وإنْ كان فى بنائه وتقديره خطئان، وحينئذٍ، لا وجه للضّمان.

فالحقّ هو القول بعدم الضمان فى الإجاره الفاسده(۱)، والعلم عند اللّه.

من موارد الإشكال فی اطّراد القاعده

اشاره

قال الشیخ:

ثم إنه یشکل اطّراد القاعده فی موارد:

منها: الصید الذی استعاره المحرم من المحلّ، بناءً علی فساد العاریه، فإنهم حکموا بضمان المحرم له بالقیمه، مع أن صحیح العاریه لا یضمن به، ولذا ناقش الشهید الثانی... إلّاأنْ یقال... .

أقول:

لا یخفی أنه لا یجوز الصّید للمحرم، ولو اصطاد لم یملک، ولو اصطاد قبل الإحرام ثم أحرم، خرج الصّید عن ملکه وعلیه إرساله.

إنما الکلام فی استعارته الصّید من المحلّ.

فعلی تقدیر الحرمه، تکون العاریه فاسدهً، ولو فعل فقد حکموا

بضمانه، قال المحقّق: لا يجوز للمحرم أنْ يستعير... ولو أمسكه ضمنه وإنْ لم يشترط عليه ذلك (۱).

وقال العلّامه (۲): ولو استعاره وجب عليه إرساله، وضمن للمالك قيمته، ولو تلف فی یده ضمن أيضاً بالقيمه لصاحبه المحلّ، وبالجزاء للّه تعالی، بل یضمنه بمجرّد الإمساک.

فأشکل الشهید الثانی (۳) فی ذلک، لأنّ صحیح العاریه لا یضمن به، وما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده.

وذهب صاحب الجواهر إلی أنه یضمن إذا أرسل (۴).

۱ – الصّید الذی استعاره المُحرم

فنقول:

إنه إذا استعار المحرم الصید من المحلّ، فإنه یخرج بذلک عن ملک المالک المحلّ، فکأن هناک تضادّاً بین ید المحرم وملکیه الصّید، فبمجرّد تحقق یده علیه یکون من المباحات.

وبتقریب آخر: إذا استعار الصّید وجب علیه إرساله، والإرسال إتلافٌ، وجواز إتلاف مال الغیر یکشف عن عدم ملکه.

إذن، فالاستعاره أوجبت إتلاف مال الغیر، والإتلاف یوجب الضمان،

۱- ۱) شرائع الإسلام ۲ / ۴۰۸ – ۴۰۹

۲- ۲) تذکره الفقهاء ۲ / ۲۰۹

۳- ۳) المسالک ۵ / ۱۳۹

۴- ۴) جواهر الکلام ۲۷ / ۱۶۴

فيكون المورد خارجاً عن البحث، لأن الموضوع لقاعده ما لا يضمن... هو التلف لا الإتلاف، فلا تنتقض القاعده به.

هذا بناءً على أن الاستعاره توجب ذلك، كما قال جمع من الأعلام، بل صرّح به الميرزا الاستاذ.

إلّا أنّا لا نوافق على ما ذكر، لعدم الدليل على وجود التضادّ بين يد المحرم وملكيّه الصّيد، حتى لو كانت الملكيه للغير، نعم، الدليل على عدم ملكيّه المحرم لما اصطاده قبل الإحرام موجود.

وأمّا قضيه أنّ مال الغير لا يجوز إتلافه، فإذا جاز الإتلاف كشف عن عدم ملكيه الغير للشيء، فقضيّهٌ صحيحهٌ، لكنّ عدم جواز إتلافه ليس مطلقاً، بل هو مقيّد بعدم المجوّز له شرعاً، فإذا جاء المجوّز جاز ووجب الضّمان، لعدم الملازمه بين الحكمين التكليفى والوضعى كما لا يخفى.

هذا كلّه بناءً على وجوب ارسال الصيد على المحرم وخروجه عن ملكيّه الغير، على ما تقدّم، إذ هو إتلاف وليس بتلف.

لكنّ الشيخ حاول تقريب الضمان بنحو يكون مستنداً إلى التلف لا الإتلاف، وببيانٍ صناعى جميل، فقال:

إلّا أنْ يقال: إن وجه ضمانه - بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله وأداء قيمته -: إن المستقر عليه قهراً بعد العاريه هى القيمه لا العين، فوجوب دفع القيمه ثابت قبل التلف بسبب وجوب الإتلاف الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كلّ عقد لا بسبب التلف.

وتوضيحه:

إنّ الصيد بيد المحرم عاريه واجب الإرسال، وإرساله إتلافٌ وهو سبب

ضمـان القيمه، فهو قبـل التلف حيث أنه مكلّف بالإتلاـف ضـامنٌ شـرعاً للقيمه، إذ الضـمان أثر لـذلک التکليف وهو مترتّب من حينه، فضمان القيمه ثابت قبل حصول التلف خارجاً.

أقول:

لاـ إشـکال فی أنّه لو کلّف بإيجاد العلّه فالتکليف بالمعلول أيضاً حاصلٌ، لعـدم انفکاکه عن العلّه، لکنّ هـذا إنما يکون فی حال کونهما علی نسقٍ واحد، وما نحن فيه ليس کذلک، لأن التکليف بالإتلاف بإرساله فعليٌّ، والضمان موقوفٌ علی تحقّق الإتلاف، فلا يعقل أن يکون التکليف بالإرسال تکليفاً بالضمان.

جهات البحث فی المسأله

ولا بأس بالإشاره إلی جهات البحث فی المسأله:

هل استعاره المحرم للصيد فاسده؟

هل هذا الضمان، ضمان التلف أو الإتلاف أو بدل الحيلوله؟

هل يوجد فرقٌ بين أن يعلم المعير بکون المستعير محرماً وجهله بذلک؟

هل للمحرم أن يردّه إلی مالکه أوْ لا بل يرسله؟

لو ردّه إلی مالکه تبرأ ذمّته من القيمه أوْ لا؟

الظاهر أنه لم يقل أحد بفساد عاريه المحرم، وإنما هو احتمال من الشـهيد الثانی، وهو غير بعيد، لا من جهه اقتضاء النهی لذلک، لعدم الخلاف ظاهراً فی حرمه استعاره المحرم الصّيد، بل لما تقرّر فی الاصول من أنّ النهی

فی المعامله وإنْ لم یکن موجباً للفساد إلّاأنه لیس علی إطلاقه، بل فیه تفصیل، فإنْ کان النّهی عن إیجاد المعامله، لم یوجب الفساد بل ربما یقال بأنه یدلّ علی الصحّه، وإنْ کان عن الأثر المترتب علیها، فالمعامله التی لا أثر لها لا یعقل أنْ تکون صحیحهً.

ولمّا کان المقصود من العاریه هو الانتفاع من الشیء، لکنّ المحرم لا یجوز له أن ینتفع بالصّید، فانتفی أثر العاریه، فهی فاسده.

وأمّا البحث فی جهه الضمان، فالشیخ علی أنه لیس ضمان التلف أو الإتلاف بل إنه ضامن للقیمه قبل التلف تشریعاً، لأن التکلیف بالسبب الذی یترتّب علیه المسبب تکلیف بالمسبب، فهو بمجرّد الإمساک مکلّف بالإرسال، ونتیجه الإرسال ضمان القیمه، فهو قبله مکلّف بأداء القیمه للمالک.

وفیه: إن هنا حکمین، أحدهما فعلی، وهو وجوب الإرسال بمجرّد الإمساک علی القول به، وهذا حکم تکلیفی، والآخر - وهو الحکم الوضعی، أی الضمان بالقیمه - تقدیری، فإنه علی تقدیر الإرسال، إذن، لا یتصوّر هنا ضمانٌ غیر ضمان الإتلاف.

والمیرزا الاستاذ ذهب إلی ثبوت ضمان الإتلاف مع وجود الصّید فی یده وقبل حصول الإرسال، قال: إنّ وضع یده علی الصید موجب لسقوط ملکیّته، فهو بمجرّد أخذ الصید من المالک مُتلف لملکه لأنه یضادّ الملکیه، إذ لا فرق فی ضمان الإتلاف بین الإعدام الخارجی وإتلاف المالیّه (۱).

۱- ۱) وأنظر: منیه الطالب ۱ / ۱۲۵

وكان رحمه اللّه قـد اسـتفاد هـذه المضادّه من خروج الصّـيد عن ملك من اصـطاده قبل الإحرام ثم أحرم، إذ يدلّ ذلك على أنّ الإحرام وكون الصيد مملوكاً لا يجتمعان، سواءٌ كانت الملكيّه لنفس المحرم أو غيره.

وبـالجمله، إن الامسـاك الـذى يتعقّبه الإرسـال الكاشف عن عـدم الملكيّه - إذ لو كان ملكاً لما جاز إرسال مال الغير - إتلافٌ، وإنْ كان موجوداً.

ويرد عليه: إن المستفاد من النصوص هو تضادّ يد المحرم مع كونه مالكاً للصيد، لا المملوكيّه مطلقاً وإنْ كان لغيره.

فما ذكره طاب ثراه لا يمكن المساعده عليه.

وفصّل السيّد (1) بين علم المعير بكون المسـتعير وجهله بـذلك، فـإنّه إذا كـان عالماً كان الإتلاف مسـتنداً إليه، لأنه السـبب فى ذلك، لأنه سـلّم الصـيد مع علمه بكونه المسـتعير محرماً وأنه سيرسـله، فالبحث عن ضـمان المحرم وعدم ضـمانه يختصّ بصوره جهل المعير بكونه محرماً.

وفيه: إنّ الإسناد إلى السبب يتوقّف على أنْ لا يكون المباشر أقوى منه، والمعير وإنْ كان سبباً للإتلاف إلّاأن المستعير المحرم هو الأقوى، فهو مستند إليه دون المعير، فلا فرق حينئذٍ بين علم المعير وجهله.

ومن الأصـحاب من قال بأنه ضـمان بدل الحيلوله الواجب فى كلّ مال امتنع ردّه إلى مالكه، لأن المورد من هذا القبيل، إذ الصيد بوجوب إرساله شرعاً ممتنع ردّه، والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، فيجب دفع بدل الحيلوله.

وفيه: إنّ مورد بدل الحيلوله هو ما إذا وقع مال الغير بيد الإنسان وامتنع

1- 1) حاشيه المكاسب ۱ / ۴۶۰

ردّه إلى مـالكه مع وجوده خارجـاً، كمـا لو وقع فى البحر مثلاًـ فكان الانسان حائلًا بين الملك ومالكه، فبـدل الحيلوله فرع على ثبوت الضّمان، والبحث فيما نحن فيه فى أصل الضّمان.

وهل يجوز للمحرم أنْ يردّ الصيد إلى مالكه فيسقط الضمان؟

مقتضى كلام الميرزا الاستاذ قدّس سرّه أنه لا أثر للردّ، لأنّ الصّيد بمجرّد إمساك المحرم خرج عن ملكه واستقرّ ضمان الإتلاف على المحرم، فلو ردّه حصل للمالك صيدٌ جديد.

وبعباره اخرى: المسقط للضمان ردّ الملك، وهذا ليس بردٍّ له.

والذى نحن عليه(١): إنه لاـ يجوز للمحرم إمساك الصـيد، أمّا خروجه عن ملك مالكه وعـدم جواز ردّه إليه، فلا دليل عليه، بل هو بـاق على ملك مالكه، فإن ردّه المحرم إليه فلا ضـمان عليه، والإرسال يجب إذا لم يمكن الردّ، فإذا لم يمكن ذلك وأرسـله ضمن قيمته بضمان الإتلاف، وعلى هذا، فقاعده ما لا يضمن غير منتقضه. واللّه العالم.

۲ – المنافع غیر المستوفاه فی البیع الفاسد

قال الشیخ:

ویشکل اطّراد القاعده أیضاً فی البیع فاسداً بالنسبه إلی المنافع التی لم یستوفها، فإنّ هذه المنافع غیر مضمونه فی العقد الصحیح مع أنها مضمونه فی العقد الفاسد.

ص:۲۳۹

أقول:

المنـافع للعين المسـتأجره مثلاًـ تارهً: متصـله كالصّوف ونحوه من الشاه، وأُخرى: هى فى معرض الانفصال كاللّبن، وثالثه: هى فى معرض الفعليّه بواسطه المستأجر كركوب الدابه وسكنى الدار، ورابعهً: هى فى حدّ ذاتها فعليّه.

وجميع هذه الأقسام داخله فى البحث.

ثم إنه إنْ اسـتوفى المسـتأجر المنافع، فما كان وجوده فعليّاً فقـد أتلفه، ومقتضـى قاعده الإتلاف هو الضـمان بلا كلام، وأمّا ما لا وجود له بالفعـل، فهو بمنزله الإتلاـف إنْ انتفع به، كالـدابه يركبها مثلًا. ففى المنافع المسـتوفاه إتلاف حقيقهً أو فى قوّه قريبهٍ من الإتلاف.

والشيخ لم يتعرّض للمنافع المستوفاه، لوضوح الحكم فيها.

وأمّا المنافع غير المسـتوفاه، كأنْ كان الحيوان سـميناً فأصـبح مهزولاً أو تلف لبنه وهو بيد المستأجر بعقدٍ فاسد، وكالدار المشتراه ببيع فاسدٍ ولم تسكن من قبل المشترى، فلو ردّ الحيوان أو الدّار إلى المالك يضمن تلك المنافع أوْ لا؟

قال المشـهور بالضـمان، وأرسـله الشـيخ إرسال المسـلّم، فيتوجّه الإشـكال بأنّها ليست مضـمونه فى العقد الصـحيح، فلماذا تكون مضمونهً فى الفاسد، والقاعده تقول: ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده؟

قال الشيخ:

إلّاأن يقال: إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح والفاسد.

ص:۲۴۰

وفيه نظر لأن نفس المنفعه غير مضمونه فى العقد الصّحيح، لأنّ الثمن إنما هو بأزاء العين دون المنافع.

أقول:

وما ذكره هو الصحيح.

وقال السيّد: «المنافع وإنْ لم تكن مقابله بالمال، إلّاأنها ملحوظه فى القيمه وزياده الثمن، وهذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونه...» (۱).

ولكنّه وجه خطابى، لأن الواسطه فى الثبوت لا يقع فى حيّز الثبوت، وكثره المنافع أو الشروط واسطه فى ثبوت إزدياد القيمه المضمونه، فلا يعقل أنْ تكون هى مضمونهً كذلك.

وقال الميرزا الاستاذ: إنّ الثمن المسمّى فى عقد البيع وضمانه فى مقابل العين، ومن ملك العين فالمنافع مباحه له بالدليل الشرعى وله التصرّف، هذا فى البيع الصحيح. أمّا فى البيع الفاسد، فحيث أن العين غير منتقله إلى المشترى، فلا دليل على إباحه المنافع له، فهو ضامن بالنسبه إليها (۲).

وتوضيحه: إن للمنافع ماليهً، وقد قام الدليل الشرعى فى العقد الصحيح على جواز الانتفاع بها ولا ضمان، أمّا فى الفاسد، فإنّ تلك المنافع باقيه على ملك المالك تبعاً للعين، وحيث أنها فاتت عليه لكون العين بيد المشترى، فالمشترى ضامن لها.

وفيه: إنّ جواز الانتفاع فى العقد الصحيح غير محتاج إلى الدليل، لأن

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۴۶۱

۲- ۲) وأنظر منيه الطالب ۱ / ۱۲۶

العین مملوکه له، ومن ملک شیئاً ملک منافعه، أمّا إذا کان العقد فاسداً، فالقول بالضمان بالنسبه إلی المنافع غیر المستوفاه محتاج إلی الدلیل.

وغایه ما یمکن أن یقال هو: إن المشتری بسبب إمساکه للعین قد فوّت المنافع علی البائع، وهذا بمنزله الإتلاف فهو ضامن لها.

والجواب:

أمّا نقضاً: فبالعین المرهونه بالعقد الفاسد، إذ هی باقیه علی ملک المالک، وکون المرتهن ممسکاً لها بمثابه الإتلاف لمنافعها، وکذا فی الوکاله الفاسده والهبه، ولا قائل فیهما بضمان المنافع.

وأمّا حلّاً، فإن إمساک الشیء غیر الإتلاف له، وقوام الإتلاف هو التصرّف، وکونه بمنزله الإتلاف مجاز.

وما ذکره المحقق الخراسانی من: إن الدلیل علی ضمان المنافع هو الدلیل علی ضمان الأعیان، لکون ضمانها من آثار ضمانها ولوازمه، ولا یتفاوت فی ذلک بین کونها مستوفاه أو غیر مستوفاه، کما لا یخفی (۱).

ففیه: إنّ هذا عین المدّعی.

تحقیق المقام

وأقول: قد تقدّم فی الکلام علی ضمان المنافع والأعمال فی الإجاره الفاسده، أن الاستدلال علی ضمانها بقاعده الید أو احترام مال المسلم أو بأنه لا یصلح ذهاب حق أحدٍ، غیر تام، بل قد عرفت عدم تمامیّه الوجوه المذکوره کذلک.

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۳۴

فالمنافع غير المستوفاه غير مضمونه على الأقوى، كما ذهب إليه فخر المحقّقين (١). وعلى فرض الشك، فالأصل عدم الضمان.

٣ – حمل المبيع فاسداً

قال الشيخ:

ويمكن نقض القاعده أيضاً بحمل المبيع فاسداً، على ما صرّح به فى المبسوط و... من كونه مضموناً على المشترى، خلافاً للشهيدين و... .

مع أنّ الحمل غير مضمون فى البيع الصحيح بناءً على أنه للبائع... .

أقول:

الكلام فى الحمل الموجود حين البيع، وأمّا ما يكون متأخّراً عنه، فهو ملك للمشترى فى العقد الصحيح، وللبائع فى الفاسد، كما هو واضح.

ومنشأ الخلاف فى المقام هو: إنه لمّا باع الحامل، فهل باع الحامل مع الحمل أو أنّ الحمل باقٍ على ملك البائع؟ فعلى الأول: يكون الحمل مضموناً كالحامل، فإنْ كان العقد صحيحاً فبالبدل المسمّى، وإنْ كان فاسداً فالبدل الواقعى. وعلى الثانى، ففى جامع المقاصد (٢): إنّه فى المبيع فاسداً غير مضمون فإنه ليس مبيعاً، إذ لا يندرج الحمل فى بيع الأُم، فيكون أمانه فى يد المشترى... .

لكنّ الصحيح هو التفصيل بين علم البائع حين البيع بوجود الحمل

١- ١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩٤

٢- ٢) جامع المقاصد ۶ / ٢٢٠

وجهله به، فإنه إن كان عالماً فالحمل أمانه مالكيّه، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، والأمانه لا تضمن. وإنْ كان جاهلاً، فالحمل أمانه شرعيّه لا مالكيّه فى العقد الصحيح، وإنْ كان فاسداً وباع نفس الحامل، فالحامل باق فى ملكه، وكذلك الحمل بتبعه، وليس بأمانهٍ مالكيّه ولا شرعيّه، وكان ثبوت الضمان مبتنياً على قاعده اليد.

فلا الضمان مطلقاً، كما عليه الشيخ وجماعه، ولا عدمه مطلقاً كما عليه الشهيدان وجماعه، بل الحق هو التفصيل(۱).

ص:۲۴۴

۴ – الشركه الفاسده

قال الشيخ:

ويمكن النقض أيضاً بالشركه الفاسده، بناء على أنه لا يجوز التصرّف بها، فأخذ المال المشترك حينئذٍ عدواناً موجبٌ للضّمان.

أقول:

عقـد الشـركه يتحقّق، إمّا بأنْ يمتزج المالان فيشتركان مشاعاً فى الممتزج، أو بأنْ يكون نصف ما بيـد هـذا لذاك ونصف ما بيد ذاك لهذا، فكلٌّ من المالين يكون مشتركاً مشاعاً بينهما، ولكلّ واحدٍ من الشـريكين أنْ يتصرَّف فى كلّ ما بيده، فلو تلف ما بيد أحدهما كلّه بتلفٍ سماويٍّ لم يكن ضامناً إنْ كان العقد صحيحاً، ويضمن إنْ كان فاسداً، بناءً على عدم جواز التصرّف لهما كما قال الشيخ.

ص:۲۴۵

وتحقيق المقام أن يقال:

إن كـان نتيجه الشـركه: عبـاره عن ملكيه كلٍّ منهما لما كان يملكه الآخر على وجه الإشاعه، ففى هـذه الصّوره يتوقّف تصـرّفهما على إذن الآخر، لعدم جواز التصـرّف فى المال المشترك إلّامع الإذن ما دام مشاعاً، وعليه، فلو تصرّف بلا إذنٍ ضمن، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً، لقاعده اليد المعتمده عند المشهور، وأما معه، فلا ضمان كذلك وهو واضح.

وإنْ كـان نتيجتهـا: أنْ يسـلّط كـلٌّ منهما صاحبه على ملك نفسه، فلا ضـمان إذا تلف كما هو واضـح كـذلك، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً.

فظهر مـا فى كلاـم الشـيخ من قوله: بنـاءً... حيث أن الحكم عـدم الضـمان مع عـدم جواز التصـرف، وكـذلك الحال فى الوديعه والرهن، لأن الضمان لا يدور مدار جواز التصرّف شرعاً وعدمه، بل يدور مدار الإذن والرّضا وعدمه.

فى مبنى القضيّه السّالبه فى القاعده

قال الشيخ:

ثم إن مبنى هذه القضيه السالبه... هى الأولويّه... .

أقول:

نصّ عباره شيخ الطائفه فى الرهن (1) هو: لأن صحيح الرهن غير مضمون عليه، فكيف فاسده؟

وقد فسّر الشيخ كلمه «فكيف...» بالأولويّه.

1- 1) المبسوط 2 / 204

وتوضيحه: إن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له، فالفاسد الذى هو بمنزله العدم لا يؤثّر فى الضمان، لأنّ الضمان: إمّا من الإقدام والمفروض عدمه، وإلّا لضمن بصحيحه، وإمّا من حكم الشارع بالضمان بواسطه هذه المعامله الفاسده، والمفروض أنها لا تؤثر شيئاً.

فظهر الفرق بين مسلكه ومسلك جامع المقاصد الذى تمسّک بأصاله عدم الضمان، لأنّ موضوع الأصل هو الشك فى الموجب، ومفاد كلام الشيخ عدم الشک، بل يقطع بعدم الضّمان لعدم الموجب له، لأن إحراز عدم العلّه إحراز لعدم المعلول.

ثم قال الشيخ:

ووجه الأولويّه: أن الصحيح إذا كان مفيداً للضمان أمكن أنْ يقال... لكنْ يخدشها... .

توضيحه: إن الضّمان فى العقود التى يضمن بصحيحها مستند إلى قاعده الإقدام، لكنْ يمكن القطع بعدمه فى فاسدها، لأنّ الذى وقع الإقدام عليه – وهو العوض المسمّى – غير نافذ، وأمّا المثل أو القيمه فلم يقدما عليه من الأوّل، أمّا التى لا ضمان فى صحيحها، فلا ضمان فى فاسدها بالأولويّه.

لكنّ الظاهر أنّ مراد شيخ الطائفه هو: إنّ الضّمان فى الفاسد فرع للضمان فى الصحيح، فإذا لم يكن فى الأصل ففى الفرع بالأولويّه.

وقد خدش الشيخ الأولويّه بأنّه: يمكن أن يقال: بأنّ حكم الشارع بالصحّه فيما لا يضمن بصحيحه هو الموجب لعدم الضّمان، أمّا فى الفاسد، فاليد موجوده ولا تسليط من الشارع، فالضمان ثابت.

ص:۲۴۷

ومثال ذلك: فی الرهن حکم للشارع بتسلیط الراهن المرتهن علی العین المرهونه، وحکم فی الإجاره بتسلّط المستأجر علی العین المستأجره، أمّا فی الفاسد من الرهن والإجاره، فلا تسلیط من الشارع والعین بید المرتهن والمستأجر، والید موجبه للضّمان.

وجواب هذه الخدشه فی قوله:

فإن قلت: إنّ الفاسد وإنْ لم یکن له دخل فی الضمان إلّاأنّ مقتضی عموم علی الید هو الضمان، خرج منه المقبوض بصحاح العقود... وبقی الباقی.

أی: إن موجب الضمان، إن کان قاعده الإقدام، فهو منتف فیما لا یضمن بصحیحه کذلک فی فاسده، لکن هنا موجباً آخر له وهو عموم قاعده الید، فمقتضی الید فی الفاسد هو الضمان، فلو تلف الثوب فی ید الأجیر لغسله لم یضمنه فی صحیح الإجاره، أمّا فی فاسدها فمقتضی الید هو الضّمان، وهکذا فی الوکاله والعاریه، إلی غیر ذلک.

فللضمان سببان، أحدهما: الإقدام، وهذا غیر موجود فی الفاسد ممّا لا یضمن بصحیحه، والآخر: الید، وهذا موجود فی الإجاره والعاریه والوکاله الفاسده.

فأجاب قائلًا:

قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلک العقود یخرج به المقبوض بفاسدها، وهی عموم ما دلّ علی أن من لم یضمّنه المالک... فهو غیر ضامن. أمّا فی غیر التملیک بلا عوض - أعنی الهبه - فالدلیل المخصص لقاعده الضمان عموم ما دلّ علی أنّ من استأمنه المالک علی ملکه غیر ضامن... وأما فی الهبه الفاسده، فیمکن

الاستدلال على خروجها... .

يعنى: إن قاعده اليد محكّمه لكنّها مخصّصه بالنصوص الدالّه على عدم الضمان فى الوديعه والوكاله والإجاره:

كقوله عليه السلام: «ليس على مستعير عاريهٍ ضمان» (1).

وقوله عليه السلام: «صاحب العاريه والوديعه مؤتمن» (2).

وقوله عليه السلام: «صاحب الوديعه والبضاعه مؤتمنان» (3).

بل فى بعضها:

«ليس لك أنْ تتّهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن وقد جرّبته» (4).

فالشيخ يوافق على عموم قاعده اليد، ويجيب بكونها مخصَّصةً بهذه الأدلّه الشرعيّه، وعمومها يشمل صحيح ما لا يضمن وفاسده أيضاً.

فإنْ قلت: لا يوجد نصّ على عدم الضمان فى الهديه، فمقتضى القاعده هو الضمان فى الهديه الفاسده وإنْ لم يكن فى الصحيحه.

فأجاب بعدم وجوب الضمان فيها بدليل الأولويّه.

وأشكل المحقق الخراسانى (5): بأنّ عدم الضمان فى تلك الموارد يختصُّ بالتلف السمّاوى، أمّا مع التعدّى والتفريط فالضمان ثابت.

وأمّا الهبه، فعدم الضمان ثابت سواء فى التلف والإتلاف، فالاستدلال

1- 1) وسائل الشيعه 19 / 93، باب ثبوت الضمان على المستعير، الرّقم: 6

2- 2) نفس المصدر

3- 3) نفس المصدر، وأيضاً: 19 / 79، باب أن الوديعه لا يضمنها المستودع، الرّقم: 1

4- 4) وسائل الشيعه 19 / 81، نفس الباب، الرّقم: 10

5- 5) حاشيه المكاسب: 33

بالفحوى فى غير محلّه، لأن عدم الضمان فى الوديعه وغيرها مغايرٌ لعدمه فى الهبه.

ولقد كان الأولى أنْ لا يسلّم بعموم القاعده، لما كرّرنا من أنها اقتضائيه، فتؤثّر إنْ لم يكن هناك مانع، وإذن المالك بالتصرّف مانع، وهو بتسليم العين موجود فى جميع الموارد المذكوره، ولو قيل بأنّ إذنه مبنى على اعتقاده بصحه العقد، فقد قلنا أنه فى القضايا الخارجيه لا يكون الاعتقاد مضيّقاً، فتخلّف الداعى لا يخرج العين عن كونه مأذوناً فيه.

فعلى هذا، فإن المانع عن تأثير قاعده اليد هو الإذن المالكى، وهو متحقق فى الموارد كلّها والهبه بلا فرق... .

وتلخص: إن ما ذكره فى جواب الإشكال من أن قاعده اليد مخصّصه بالأدلّه فى أبواب العاريه والوديعه والإجاره والوكاله، أمّا فى الهبه، فإنه وإنْ لم يرد نصّ لكن الحكم جارٍ فيها بالأولويّه... مخدوش: بأنّ القاعده المذكوره - على القول باعتبارها كما عليه المشهور - اقتضائيه، وما دلّ عليه تسليم العين من قبل المالك من الإذن والرضا بالتصرّف، مانع عن الاقتضاء، فلا تؤثر قاعده اليد فى الضمان، لا فى الهبه ولا غيرها من العقود المذكوره.

وأمّا إشكال المحقق الخراسانى على ما ادّعاه الشيخ فى الهبه من الأولويّه، فيتلخّص فى أنه لا يوجد فى المورد مناط الأولويه، لأن عدم الضمان فى تلك الموارد كان عباره عن عدم ضمان التلف، أما ضمان الإتلاف والتفريط فثابت، أمّا فى الهبه، فلا يوجد ضمان مطلقاً، فعدمه فى الهبه هو بقولٍ مطلق، أمّا فى تلك الموارد فعدم ضمان خاص، فكيف تكون الأولويّه؟

ص:٢٥٠

وقد أجاب شيخنا الاستاذ بما حاصله (۱): إنّ ملاک عدم الضمان فی تلک الموارد مستند إلی إذن المالک، فهو یأذن فی التصرّف فی المال بقید التحفّظ علی ملکیه المالک، فیکون إذنه بالتصرّف بقولٍ مطلقٍ کما فی الهبه دالّاً علی رفع الضمان بالأولویّه.

والإنصاف: عدم إمکان المساعده علی ما أفاده، لأن الواهب لا یأذن بالتصرّف، بل یملّک العین للمتهب، نعم، یعلم بأنه سیتصرّف فیه تصرّف الملّاک فی أموالهم. أمّا فی سائر الموارد، فإنه إنما یأذن بالتصرّف فی ملک نفسه، فلا ربط بینهما حتی تتصوّر الأولویّه.

والتحقیق: إن الآخذ فی جمیع الموارد مأذون فی التصرّف، فهو غیر ضامنٍ فی صوره التلف، کما قال الشیخ بالتالی:

فحاصل أدلّه عدم ضمان المستأمن، أن دفع المالک إلیه ملکه علی وجهٍ لا یضمنه بعوض واقعی - أعنی المثل أو القیمه - ولا جعلی، فلیس علیه ضمان.

ولکنّه: إذا قال «وکّلتک فی أن تبیع داری»، ولم یسلّطه علی الدار خارجاً بل الوکیل أقدم علی الأخذ، أو قال له: «أعرتک داری» ولم یسلّمه، فهل یکون ضامناً؟ الظاهر أنّ مثل هذا العقد یدلّ بالملازمه علی الإذن فی الأخذ، إلّاأن یصرّح فیقول: أعرتک داری ولا تتصرّف فیها إلّاأنْ اسلّمها إیّاک.

فهذا هو الطّریق لخروج هذه الموارد ومنها الهبه، وهو خروجٌ تخصّصی عن قاعده الید بناءً علی اعتبارها، لا تخصیصی کما ذکر الشیخ رحمه اللّه.

۱- ۱) حاشیه المکاسب ۱ / ۳۴۳

الرابع (۱)من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد:

وجوب ردّه فوراً إلى المالک

(۱)

قال الشيخ:

والظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصـرّف فيه... ويدلّ عليه: أنّ الإمساک آناًمّا تصرّف فی مال الغير بغير إذنه فلا يجوز، لقوله عجّل اللّه فرجه... ولو نوقش فی کون الإمساک تصرّفاً، کفی عموم قوله صلّی اللّه عليه وآله:

لا يحلّ مال امرئ مسلمٍ... .

أقول:

قوله: «على تقدير...» إشاره إلی قول الشيخ وابن ادريس بجواز التصرّف فيه(۱).

ص:۲۵۲

۱- ۱) وهو الثانی فی کتاب المکاسب

لابدّ من البحث فی خمسه جهات:

الأول: هل الإمساک یصدق علیه عنوان التصرّف؟

والثانیه: هل یحرم الإمساک بعد القبض أمْ لا؟

والثالثه: هل یلازم فساد البیع لعدم إذن المالک بالتصرف أمْ لا؟

والرابعه: هل یجب الردّ أمْ لا؟

والخامسه: لو احتاج الردّ إلی المؤنه فهل تجب علی المشتری؟

هل یصدق «التصرّف» علی «الإمساک»

أمّا الأولی، فلا وجه لأنْ یکون الإمساک تصرّفاً، إذ «التصرف» تفعّلٌ من الصّرف، وهو تحویل شیء من مکانٍ إلی مکان أو من حالٍ إلی حال، فلابدّ من إحداث تغییر فی الشیء، وبقاء الشیء علی حاله - وهو الإمساک - لیس بتصرّف. نعم، لو طالب المالک به وامتنع المشتری عن تسلیمه، فقد ارتکب المحرّم، لصدق عنوان الظّلم علیه، وهذا لا ربط له بالتصرّف.

هل یحرم الإمساک بعد القبض

وأمّا الثانیه، فقد استدلّ الشیخ بالخبر عن الإمام عجّل اللّه فرجه (۱).

۱- ۱) وسائل الشیعه، الباب ۱ من أبواب الغصب، الرّقم: ۴

وفیه: إن ما نحن فیه – وهو الإمساک – لا یصدق علیه التصرّف، فلا وجه لهذا الاستدلال.

ثم استدلّ بعموم الحدیث النبوی: لا یحلّ مال امرئ مسلم... (۱)، قال:

حیث یدلّ علی تحریم جمیع الأفعال المتعلّقه به التی منها کونه فی یده.

وفیه: أوّلاً: إنه مرسلٌ. وثانیاً: إنّ الحدیث ظاهر فی حرمه تملک مال الغیر لا جمیع الأفعال المتعلّقه به. وثالثاً: إن ظاهر «عن طیب نفسه» هو الحکم الوضعی، لأنّ الحلیّه معدّاهٌ بحرف التجاوز الدالّ علی النشو، یعنی: أن یکون ناشئاً عن طیب نفسه، وهذا یلائم الحکم الوضعی دون التکلیفی، ولا أقلّ من تردّده بین أن یکون تکلیفاً أو وضعاً، فیکون مجملاً ویسقط الاستدلال به.

فإنْ قلت: هناک روایه معتبره سنداً والتعدیه فیها بالباء، وهی موثّقه سماعه عن أبی عبداللّه عن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله: «من کانت عنده أمانه، فلیؤدّها إلی من ائتمنه علیها، فإنّه لا یحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطیبه نفس منه» (۲) فلا یرد علیها ما ذکر.

قلت: قد اسند «لا یحلّ» فی هذه الروایه إلی أمرین هما: الدم والمال، ومن الواضح أن المعنی لا یتمُّ إلّابتقدیر، ولابدّ من أن یکون المقدّر معنی جامعاً صالحاً للإسناد إلی کلا الأمرین، وعلیه، فالمراد من «لا یحلّ» عدم حلیّه التضییع وأنه لا یجوز أن یذهب دم امرئ مسلم ولا ماله – إلّابإذنه –

۱– ۱) عوالی اللئالی ۱ / ۲۲۳

۲– ۲) وسائل الشیعه ۵ / ۱۲۰، باب حکم ما لو طابت نفس المالک، الرّقم: ۱

هدراً... فلا ربط للروايه بالإمساك أصلاً.

بـل يمكن أن يقـال: بـأنّ المراد هو الحكم الوضـعى، وأنّ دم المسـلم ومـاله محترمٌ، كما فى الروايات المسـتفيضه الوارده فى أنّ حرمه مال المسلم كحرمه دمه.

والحاصل: إنه لا دليل على حرمه الإمساك بما هو إمساك.

هل يلازم فساد البيع لعدم الإذن بالتصرّف؟

وأمّـا الثـالثه، أمّـا بالنّظر إلى نفس البيع، فلا معنى لأن يقال: بأنّ بيع البائع يسـتلزم الإذن فى ملك نفسه، لأنّ البيع إعـدامٌ للملكيّه، وبالبيع يخرج المال عن كونه ملكاً للشخص، فلا موضوع للإذن أو عدم الإذن فى التصرّف فيه.

وأمّـا بـالنّظر إلى أثر البيع وهو تسـليم المبيع للمشترى، فـإنّه لا يخلو أنْ يكون تسـليمه من جهه اعتقاده بصـحّه البيع، أو يشكّ فى صحّه البيع ولا يبالى فيسلّم الشىء، أو يعلم بفساده ومع ذلك يسلّم.

فإنْ كان عالماً بفساد البيع أو شاكّاً، فإن تسـليمه المبيع إذنٌ فى التصرّف لا محاله، بل إنه فى صوره الشك يسلّم الشىء وإنْ كان ملكـاً لنفسه لا ـ للمشترى، وهـذا فى الحقيقه إذنٌ ورضـا بالتصـرف كمـا لا يخفى فضـلًا عن الإمساك، سواء كان المشترى عالماً بالفساد أو جاهلًا أو شاكّاً، وسواء كان تصـرّفه فى نفس البلـد أو فى بلدٍ آخر... فلا ضـمان على المشترى مطلقاً، ولا وجه لشـىء من التفصيلات المذكوره فى بعض الكتب.

وإنْ كان معتقداً بصحّه البيع ويسلّم الشىء لكونه ملكاً للمشترى،

فلا يخلو المشترى من احدى ثلاث حالات:

فإنْ كان عالماً بالفساد، لم يجز له الأخذ، لصدق التصرّف فى مال الغير بلا إذنٍ منه، لأن تسليمه – أى تسليم البائع – لم يكن إذناً فى التصرّف فى ماله، بل كان تسليماً لمال المشترى إليه، ويكون المشترى العالم بالفساد حينئذٍ غاصباً، والغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

ولو تنازعا، فقال البائع المعتقد بالصحّه للمشترى: خذ متاعك، وأعطنى الثمن، فقال المشترى المعتقد للفساد: ليس هذا المتاع لى، فهل المورد من قبيل التداعى أو المدّعى والمنكر؟

وإنْ كان شاكّاً فى الصحّه والفساد، فكذلك، لأن الأصل عدم كونه ملكاً له فيكون أخذه غصباً.

وإن كان معتقداً بالصحّه – كالبائع – فيكون تسليم البائع تسليماً لمال الغير للغير، وتسلّم المشترى تسلّماً لملك نفسه ولا يكون أخذه عدوانيّاً.

ولو زال الاعتقاد بالصحّه، إمّا من كليهما أو من البائع وحده أو من المشترى كذلك، فما الحكم؟

وقبل الورود فى بيان الحكم نتعرّض لما قاله شيخنا الاستاذ، ولنقدّم له مقدّمةً:

إن القضايا على قسمين: منها حقيقيّه، وهى أن يتوجّه الحكم إلى الكلّى الطبيعى بضميمه صرف الوجود، ولازم ذلك أنْ تعمّ الأفراد الموجوده بالفعل والأفراد المقدَّره. وهذا هو تعريف القضيّه الحقيقيّه عندنا، ونتيجه ذلك: أنه لو قال أكرم العالم، فاعتقد المكلّف بأن زيداً عالم وأكرمه، ثم تبيّن

الخلاف، لم يكن ممتثلاً، وكذا لو نذر إكرام العالم، وهكذا... وكذا الحال فی الأحكام الوضعيّه، لأنّ كلّ قضيّه حقيقيّه تخلّف المصداق فيها عن الكلّی، لم يتحقق به الامتثال، والأحكام الشرعيّه كلّها من هذا القبيل.

ومنها: خارجيّه، وفيها تكون العناوين دواعی للتّكليف، إذ الوجودات الخارجيّه جزئيّه، فلا يعتريها التقييد، لأنه عباره عن تضييق الدائره، ولا دائره للجزئی الموجود فی الخارج حتی يقبل التقييد.

فعلی هذا الأساس، قال شيخنا الاستاذ ما حاصله (۱):

إنه إذا كان العقد فاسداً والبائع يعتقد صحّته، فإنّ الداعی له لتسليم المال للمشتری هو اعتقاده بالصحّه، والاعتقاد من العناوين، وقد ذكرنا أن تخلّف العنوان فی الامور الخارجيّه لا يوجب تبدّل الحكم.

هذا حاصل ما أفاده.

لكن يمكن أن يقال: إن فيه تفصيلاً، لأنه إن كان يسلّم المال الخارجی للمشتری معتقداً بكونه ملكاً له، ففی هذه الصّوره لا يجوز للمشتری الأخذ والإمساك، وإنْ كان يسلّمه إيّاه بعنوان أنه ملكٌ لنفسه، ففی هذه الصّوره يكون راضياً بأخذ المشتری وتصرّفه، وللمشتری أخذه وإمساكه بلا إشكال.

وبعد:

فلو زال الاعتقاد بالصحّه من كليهما واعتقدا بالفساد، كان علی المشتری تسليم المبيع إذا طالب به البائع، وإلّا فلا مانع من إمساكه، لأن أخذه لم يكن عدوانيّاً والبائع غير مطالب به، نعم، ليس للمشتری أن يتصرّف فيه

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۳۴۸

لعلمه بفساد العقد وبكون الشیء ملکاً للغیر، ولا یجوز التصرف فیه إلّا بإذنه.

والحاصل: إنه لا ـ مانع من الإمساک، إذ الإمساک یحرم فی صورتین، إحداهما: أن یکون أخذه عدوانیّاً والإمساک استمرار للعدوان، والآخر: أن یطالب البایع ویمتنع المشتری من ردّه.

وإنْ زال الاعتقاد بالصحّه من أحدهما دون الآخر، کان المورد من قبیل التداعی، وبیان الحکم فیه بإیجاز هو:

إنه إن کان الملاک فی المدّعی والمنکر، أنّ المدّعی هو من کان دعواه علی خلاف الظاهر أو الأصل، فإنّ ظاهر الحال هنا أن کلیهما قاصدان للإنشاء وواجدان لشرائط الصحّه، کان مدّعی الصحه هو المنکر والقائل بالفساد هو المدّعی، وکذا الحال بناءً علی أصاله الصحّه فی العقود.

وإنْ کان مورد النزاع هو ملکیه المبیع والثمن، کان من التدّاعی، فإن کان العالم بالفساد هو المشتری کان النزاع فی الثمن، وإنْ کان العالم بالفساد هو البائع، کان النزاع فی المبیع، والحکم فی التداعی هو التحالف.

هل یجب ردّ المقبوض إلی مالکه

وأمّا الرابعه، فقد ذکر الشیخ أنه یحرم إمساکه فیجب ردّه، أمّا نحن، فقد اخترنا عدم حرمه الإمساک إلّافی صورتین، فیجب الردّ فیهما دون غیرهما.

وبناءً علی حرمه الإمساک، فما الدلیل علی وجوب الردّ؟

یمکن تقریب ذلک: بأنه إذا کان الإمساک حراماً، فإنّ مقدّمته ترک الردّ،

ومقدّمه الحرام حرام، فيجب الردّ.

أو يقال: إذا حرم الإمساك وجب تركه، والردّ مقدّمه للترک، ومقدّمه الواجب واجبه، فيجب الردّ.

أقول:

الأحكام الشرعيه كلّها بسائط، فليس الشىء الحرام شرعاً واجبَ الترک شرعاً أو بالعكس، بأنْ ينحلّ كلّ حكم إلى حكمين، نعم، الحكم الثانى عقلى، من باب نهيه عن المعصيه.

وعليه، فإذا فرض كون الإمساک حراماً، لم يكن تركه - أى إرجاع الشىء وردّه إلى مالكه - واجباً.

وأيضاً، ليس مقدّمه الحرام حراماً إلّاالجزء الأخير من العلّه التامه، بخلاف الواجب، فإن جميع مقدماته واجبه، لعدم تحقّق ذى المقدّمه بتخلّف واحدٍ منها.

فالقول: بأن ترک الإرجاع مقدّمه للإمساک فيكون حراماً، باطل.

ثالثاً: ترک الضدّ لا يكون مقدمهً للضدّ الآخر.

وتحصّل سقوط التقريبين، وإنْ كان الثانى أجود من الأوّل الذى ذكره بعض الأكابر.

وللميرزا الاستاذ بيان آخر لوجوب الردّ، قال رحمه اللّه:

إن مفاد «على اليد» فى دليل قاعده اليد ليس الحكم التكليفى نظير «عليه الإعاده» و«عليه الوضوء» وأمثال ذلک، لأنّ مدخول «على» إنْ كان فعْلاً من

الأفعـال كمـا ذكرنا، وكما فی الآیه المبارکه «وَ لِلّهِ عَلَی النّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ» (۱) دلّ علی وجوب ذلـک الفعـل، وأمّا إن کان أمراً خارجیّاً، کالمأخوذ فی «علی الیـد ما أخـذت» و«علیه الدین»، دلّ علی الاسـتقرار فی الذمّه، فالحدیث المذکور دالّ علی الضـمان بالمطابقه، وهو یدلّ بالالتزام علی وجوب الردّ.

فدلّت قاعده الید علی وجوب الردّ، بقطع النظر عن البحث السندی فیها.

وفیه:

تاره: الغایه توجب تعنون الموضوع وتحدّده بحدٍّ، کقوله: «کلّ شیء طاهر حتی تعلم أنه قذر» فإنه یعنی: کلّ شیء لا تعلم قذارته فهو طاهر حتی تعلم قذارته. واخری: الغایه مؤکده للحکم واستمراره، کقوله تعالی «وَ اعْبُدْ رَبَّکَ حَتّی یَأْتِیَکَ الْیَقِینُ» (۲) فعباده الربّ غیر منقطعه ولا ـ آنامّیا ومستمره حتی الموت. وثـالثه: الغـایه رافعه للحکم، کقولنا: «العصیر العنبی حرام حتی یـذهب ثلثاه» فذهاب الثلثین رافع للحرمه فیه.

وحدیث قاعده الید من القبیل الثانی، یدلّ علی استمرار الضمان وثبوته حتی یحصل الأداء والردّ، فأین الدلاله الالتزامیه؟

والحاصل: إنّ الضمان لا یدلّ علی وجوب الأداء، کما لا یدلّ قولک:

«أنت فی حمای حتی تسافر» علی وجوب السفر.

۱- ۱) سوره آل عمران: ۹۷

۲- ۲) سوره الحجر: ۹۹

فما ذكره لا يمكن المساعده عليه(۱).

نعم، فی صوره اعتقاد البائع بصحّه العقد والمشتری عالم بفساده، وکان تسلیم البائع للشیء بعنوان أنه یؤدّی الملک إلی صاحبه، یکون أخذ المشتری غصباً والإمساک استمرار للغصب، والعقل حاکم حینئذٍ بوجوب الردّ.

علی من تکون مؤونه الردّ؟

وأمّا الخامسه، فقد قال الشیخ:

بل صرّح فی التذکره (1) - کما عن جامع المقاصد (2) - أن مؤونه الردّ علی المشتری، لوجوب ما لا یتم الردّ إلّابه. وإطلاقه یشمل ما لو کان فی ردّه مؤونه کثیره، إلّاأنْ یقیّد بغیرها بأدّله نفی الضّرر.

١- ١) التذکره ١ / ۴٩۵

٢- ٢) جامع المقاصد ۴ / ۴٣۵

أقول:

إنه فی کلّ موردٍ وجب فیه ردّ المقبوض بالعقد الفاسد إلی مالکه وتوقّف الرد علی بذل المؤونه، فهل علی الآخذ بذلها؟ فیه أربعه وجوه أو أقوال:

الأوّل: وجوب تحمّل المؤونه علی المشتری مطلقاً.

والثانی: عدم وجوب تحمّلها علیه مطلقاً.

والثالث: التفصیل بین المؤونه الکثیره وغیر الکثیره. وعلیه الشیخ.

والرابع: التفصیل بین کونها من اللّوازم العادیه فتجب علیه، وغیر العادیه فلا تجب. وعلیه المحقق الخراسانی وشیخنا الاستاذ.

والعمده فی المقام: قاعده لا ضرر، فنقول:

إنّ من الأحکام ما یترتّب دائماً علی الأمر الضرری، کوجوب الزکاه والخمس مثلًا، أو هو فی معرض الضرر، کوجوب الجهاد، ففی هذه الأحکام لا حکومه للقاعده، لأنه یلزم من حکومتها لغویّه تلک الأحکام کما لا یخفی.

ومن الأحکام ما یتوقف ترتّبه علی الموضوع علی مقدمات مستلزمهٍ غالباً لبذل المؤونه، کما فی امتثال الحکم بالحج أو أیّ سفرٍ واجب، ولا لحکومه للقاعده هنا کذلک، للزوم تخصیص الأکثر المستهجن. بل ربما یکون الحکم کذلک فی صوره التساوی بین موارد لزوم المؤونه وموارد عدم لزومها، للزوم الاستهجان فی هذه الصوره أیضاً.

وکان المیرزا الاستاذ یصرّح بأنه إذا وجب الردّ، وکان بذل المؤونه

مقدمهً له، - ومورد المعاملات غالباً هى الأمتعه المستلزم حملها وإيصالها إلى المالك استيجار أو استخدام الوسيله الموصله إليه - وجب عليه تحمّل المؤونه، ولا يرتفع الحكم بدليل لا ضرر. نعم، لو لم تحصل الوسيله إلّا بأُجره زائده على المتعارف أو استلزم الردّ الضرر فى بعض الموارد النادره أكثر من المؤنه المتعارفه، جرت القاعده.

وهذا واضحٌ على مبناه فى قاعده لا ضرر - تبعاً للشيخ - من أنّ مفادها نفى الحكم الضررى، وكذا على مبنى المحقق الخراسانى - وهو المختار - من أنها تنفى الموضوع الضررى نفياً تشريعيّاً على التعبير الصحيح.

أمّا على الأوّل، فالضرر عباره عن الخساره، وسببها فعل المكلّف وعمله الخارجى، والحكم الشرعى معدّ للخساره، وحيث أنّ العمل الخارجى لا يقبل النفى، فقد نفى الحكم بلسان نفى الموضوع، ولمّا كان منطوق الحديث نفى الخساره، فإراده نفى السبب من نفى الخساره، وإراده نفى الحكم من نفى السبب بعيد جدّاً.

مضافاً إلى روايه الشيخ الصّدوق من أنه قال صلّى اللّه عليه وآله:

«لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام» (۱). فالمراد نفى الحكم الضّررى فى الشرع، وضرريّه الحكم تحقّق بوقوع الخساره، سواء كان بنفس العمل أو بمقدماته.

وهذا تقريب مسلك الشيخ فى القاعده، وعليه يتمُّ القول بوجوب تحمّل المشترى للمؤونه، لكون الردّ مستلزماً لها غالباً، لعدم جواز التمسّك بالقاعده حينئذٍ للزوم تخصيص الأكثر المستهجن، إلّاأنْ تكون المؤونه

۱- ۱) معانى الأخبار: ۲۸۱

زائدةً على المتعارف كما تقدم.

وأمّا على الثانی، فإنّ كلّ موضوع ضرری فحكمه مرتفع، لأنّ ثبوت الموضوع تشريعاً بثبوت حكمه وانتفاؤه تشريعاً بانتفاء حكمه، لأن المولى عندما يريد الشیء فی مقام التشريع، يكون وجود الشیء مع إرادته له وجوداً واحداً، فالحكم المنشأ على موضوع يتحد معه فی مقام التشريع، ونفی الموضوع تشريعاً عين نفی الحكم، فعدم الموضوع تشريعاً عباره عن عدم حكمه، وعليه، ففی موارد عدم كون الموضوع فی نفسه ضررياً يكون لا ـ ضرر حاكماً، كما فی الوضوء والغسل والصوم مثلاً، وأمّا إن كانت مقدماته ضرريّةً، فبأیّ دليل تنفی المقدّمات؟

وعلى الجمله، فإن الحكم – وهو الردّ – ليس بضرری، والضرری هو المقدمات والمفروض عدم توجّه النفی إليها، فلا دليل على نفی وجوب تحمّل مؤونه المقدّمات، بل عليه تحمّلها كلّها.

التحقيق فی المقام

والتحقيق أنْ يقال:

إنه إن كان المشتری عند أخذ المبيع عالماً بالفساد، كان أخذه غصباً وعدواناً، وكان بقاء المأخوذ فی يده استمراراً للمعصيه، والعقل مستقل بالتخلّص من المعصيه، وهو لا يحصل إلّابردّ المقبوض إلى مالكه، والمؤونه عليه، قليلةً كانت أو كثيرةً، متعارفةً أو غير متعارفه، لعدم المجال لقاعده لا ضرر فی موارد الحكم العقلی، وما نحن فيه من هذا القبيل.

وأيضاً، فإنّ قاعده لا ضرر امتنانيه، والغاصب يؤخذ بأشدّ الأحوال.

وأيضاً، فإنها لا تجرى فى مورد الإقدام، والمفروض إقدام الآخذ على الضرر.

وأمّا إن لم يكن الأخذ على وجه الغصب، وقلنا بوجوب الرد، لما ذكره الشيخ، أو لقوله تعالى: «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَماناتِ إِلى أَهْلِها» (۱) أو الخبر فى اللّقطه، كقوله عليه السلام: «إذا عرف صاحبه ردّه عليه» (۲) وقوله عليه السّلام فى الهبه: «أنت بالخيار فى الهبه مادامت فى يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها» (۳). فإنْ لم يكن الردّ محتاجاً غالباً إلى المؤونه وإنّما يحتاج إليها فى بعض الأحوال والأفراد، أمكن التمسّك بالقاعده، وإنْ كان مما يحتاج إلى بذل المؤونه غالباً، فلا يتمسّك بالقاعده على المسلكين كما عرفت.

أللهم إلّاأن يقال - على الثانى - بأنه لمّا تكون المؤونه للمقدّمات، والقاعده لا ترفع الوجوب الغيرى لها، فهى مرخّص فى تركها، فإنّ تركها يلازم الترخيص فى ترك ذى المقدّمه. إذن، يرجع الأمر إلى الغلبه.

لكنّ الكلام كلّه فى الصغرى، فإنّ الإنصاف أنه ليست الغلبه فى المعاملات مع الأمتعه المحتاج ردّها إلى مؤونهٍ.

تنبيه

إنّه بعد أنْ كان المال باقياً على ملك البائع وعلى المشترى ردّه:

۱- ۱) سوره النساء: ۵۸

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۵ / ۴۶۱، باب حكم صيد الطير، الرّقم: ۱

۳- ۳) وسائل الشيعه ۱۹ / ۲۳۳، الباب ۴ من أبواب الهبات، الرّقم: ۶

فتـارةً: یکون المبیع والبائع فی بلـدٍ واحـدٍ، سواء کان بلـد المعامله أو غیره، ففی هـذه الصوره یجب الردّ - علی ما تقـدّم - وعلیه المؤونه کما عرفت.

واخری: یکون البائع فی بلد المعامله والمبیع منقولاً إلی بلدٍ آخر. وفیها أیضاً یجب الردّ والمؤونه کذلک.

وثالثه: یکون المبیع فی بلد المعامله والبائع فی بلدٍ آخر.

ورابعه: یکون المبیع منقولاً إلی بلدٍ آخر، والبائع فی مکان آخر غیره.

فیقع الاشکال فی وجوب تحمّل مؤونه الإیصال إلی البائع فی الصورتین الأخیرتین، فنقول:

إن کان أخذه بنحو العدوان، فالإیصال واجب مطلقاً، وإلا فقاعده لا ضرر حاکمه فیهما، لندرتهما.

الخامس (۱)من أحكام المقبوض بالبيع الفاسد

حكم المنافع المستوفاه

(۱)

قال الشيخ:

إنه لو كان للعين المبتاعه منفعه استوفاها المشتری قبل الرد، كان عليه عوضها على المشهور... ويدلّ عليه عموم قوله: لا يحلّ مال امرئ مسلم لأخيه إلّاعن طيب نفسه، بناءً على صدق المال على المنفعه... خلافاً للوسيله، فنفی الضمان، محتجّاً بأنّ الخراج بالضمان، كما فی النبوی المرسل.

أقول:

لو استوفی المشتری منفعه العين والبيع فاسد، كالدّار سكنها والدابه ركبها... وغير ذلك، فهل يكون ضامناً؟ المشهور هو الضمان، وعليه دفع القيمه. و عن ابن حمزه التصريح بعدم الضمان إن كانا جاهلين بالفساد، مستدلّاً بما روی عن رسول اللّه صلّی اللّه عليه وآله أنه قال: الخراج بالضمان، وهذه عبارته:

«فإذا باع أحدٌ بيعاً فاسداً وانتفع به المبتاع ولم يعلما بفساده، ثم عرفا واستردّ البائع المبيع، لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به أو استرداد الولد إنْ حملت الاُمّ عنده، لأنه لو تلف لكان من ماله، والخراج بالضمان (۲).

۱- ۱) وهو الثالث فی كتاب المكاسب

۲- ۲) الوسيله إلی نيل الفضيله: ۲۵۵

وفی المبسوط: فصلٌ فی أنّ الخراج بالضّمان، إذا کان لرجل مال فیه عیب، فأراد بیعه وجب أن یبیّن للمشتری عیبه... فإنْ لم یبیّنه واشتراه إنسانٌ فوجد به عیباً، کان المشتری بالخیار... وإنْ کان حصل نماء وفائده... فلا یخلو من أن یکون کسباً من جهته أو نتاجاً وثمره، فإنْ کان کسباً... فإنه یردّ المعیب ولا یرد الکسب بلا خلاف، لقوله صلّی اللّه علیه وآله: الخراج بالضمان... .

قال: الخراج بالضمان معناه: أن الخراج لمن یکون المال بتلف من ملکه، ولمّا کان المبیع بتلف من ملک المشتری لأنّ الضمان انتقل إلیه بالقبض، کان الخراج له، فأمّا النتاج والثمره فإنهما أیضاً للمشتری...» (۱).

فالذی یظهر من الکلمات: أن «الخراج بالضمان» قاعده کانت متداوله بین الفقهاء، ولذا قال فخر المحقّقین: إنّ هذا الحدیث من جوامع الکلم.

وقال المیرزا الاستاذ بوثوق صدور هذه القضیّه عن النبی صلّی اللّه علیه وآله، ولا ینبغی الخدشه فی سندها (۲).

فی معنی الحدیث: الخراج بالضّمان

إنما الکلام فی معنی هذا الحدیث، ففیه احتمالات:

منها: ما ذکره المحقق الخراسانی، بجعل الخراج بالمعنی المصطلح علیه شرعاً، وهو ما یضعه الوالی علی الأراضی المفتوحه عنوه، قال:

ص:۲۷۰

۱- ۱) المبسوط فی فقه الامامیه ۲ / ۱۲۶

۲- ۲) وأنظر: المکاسب والبیع ۱ / ۳۳۰

لاحتمال أنْ يكون المراد به هو أنّ خراج الأرض كمّاً وكيفاً على من ضمنها إنما هو بحسب ضمانها (۱).

وهذا بعيد جدّاً، بالنظر إلى الحديث في سنن ابن ماجه وأبي داود(۱)، فالمعنى المذكور غير مطابق للحديث ولكلمات الفقهاء، كالشيخ وابن حمزه والعلّامه وغيرهم (۲).

ومنها: إن «الخراج» بالمعنى اللغوى، و«الضمان» مصدر ضمن يضمن، يعنى: إنّ من ضمن الشيء على الحقيقه فله فوائده وعوائده، فيكون الحديث - على هذا - خاصّاً بالمعامله المعاوضيّه الصحيحه.

وهذا هو الذى فهمه المشهور.

ومنها: إنّ الخراج بالمعنى اللغوى والضمان مصدر، ولكنّه أعمّ من أنْ يكون ضماناً حقيقيّاً أو صوريّاً، فيشمل المعامله الفاسده، حيث أنه يضمن

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۳۴

۲- ۲) مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه ۵ / ۱۸۱، المهذّب البارع فى شرح المختصر النافع ۲ / ۳۸۱

الشیء فیها ولکنْ لا واقعیّه لذلک لفساد العقد.

فالخراج ملک للضامن بسبب ضمانه - سواء کان واقعیّاً أو صوریّاً - لا ثبات له فی نفس الأمر.

وهذا ما فهمه صاحب الوسیله.

ومنها: أن یکون المعنی: أنّ الخراج بضمان ذلک الخراج، فمنفعه الدار المستأجره - وهی سکناها - بالضمان أی بالاُجره، ومنفعه البُستان المستأجره - وهی ثمارها - بالضمان أی بالاجره، ومنفعه الدابه المستأجره - وهی رکوبها - بالضمان، أی بالاجره... وهکذا، فالمراد من «الضمان» هو «العوض» لا «العین».

وهذا خلاف الظاهر.

ومنها: إن «الضّمان» بالمعنی الاسم مصدری، أی: کلّما ضمن الإنسان شیئاً فمنافع ذلک الشیء له، فیشمل المال المغصوب أیضاً. کما هو فتوی أبی حنیفه، وسیأتی الخبر.

ومنها: ما ذکره البعض - ونسبه إلی شیخ الطائفه بالنظر إلی قوله: «لأنه لو تلف» - أن من ضمن شیئاً وتلف، فعلیه دفع قیمته أو مثله.

لکنّ الظاهر أنه لیس مراد الشیخ، بل مراده: أن من أخذ الشیء بعوضٍ فتلف، کان تلفه فی ملکه، ولو کان معیباً سقط الخیار وله أخذ الأرش، وذلک لأنه قال: معناه أنّ الخراج... .

تفسیر المشهور هو الصحیح

أقول:

ومقتضـی التأمّل هو الأخذ بما فسّره به المشهور، فإنّ الضمان بالمعنی المصدری ظاهر فی تحقق الضمان وحصوله واقعاً، وذلک یکون بإمضاء الشارع.

وعلیه، ففی المعامله التی ضـمن فیهـا المشتری العین بـالعوض المسـمّی وأمضاهـا الشارع، تکون المنفعه للمشتری، لحصولها فی ملکه، إذ المنفعه تـابعه للعین فی الملکیّه، ولـو وجب علیه الردّ بسـبب خیـارٍ من الخیـارات، لم یرد المنفعه، لأنهـا کـانت ملکـاً له واستوفاها.

وعلی الجمله، فقد استدلّ شیخ الطائفه فی المبسوط والخلاف بما روی من أنّ «الخراج بالضـمان» فی أکثر من موضع، ممّا یدلّ علی أنّ هذه القاعده متداوله ومسلّم بها عند الفقهاء، إنما الکلام فی معناها، وهل تشمل ما نحن فیه أو تختص بموارد المعاملات المعاوضیه الصحیحه؟ قال ابن حمزه بشمولها لمورد المبیع بالبیع الفاسد، لکنّ الظاهر هو العدم، لأن «الخراج» هو الفوائد، و«الباء» إمّا للسـببیّه أو للمقابله، فإنْ کانت للسـببیّه فالسـبب مقدَّم علی المسبب، وإنْ کانت للمقابله، فلابدّ من فعلیّه المقابل، وعلیه، فلابدّ من فعلیّه الضـمان وتحقّقه حتی یقال بأنّ الخراج بسـببه أو بأزائه، وهذا منحصـر بالمعامله الصحیحه، بخلاف الفاسده، إذ الضّمان فیهـا تقـدیری. و«الضـمان» إذا کان معنیً مصـدریاً، فإنه یجتمع مع وقوعه عن الاختیار وعـدمه، فلا اختصاص له بالاختیار، لعـدم کونه مدلولاً للمادّه ولا للهیئه، فالضرب – مثلًا – الواقع عن خطأٍ وإکراه وقهرٍ ضربٌ حقیقهً.

قال الشیخ:

وتفسیره أنّ من ضمن شیئاً وتقبّله لنفسه، فخراجه له، فالباء للسببیّه أو المقابله. فالمشتری لمّا أقدم... وهذا المعنی مستنبط من أخبار کثیره متفرقه مثل قوله... ونحوه فی الرهن وغیره.

أشار رحمه اللّه إلی الروایه التالیه:

عن إسحاق بن عمار قال: «حدّثنی من سمع أبا عبداللّه علیه السلام وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلی بیع داره، فجاء إلی أخیه فقال: أبیعک داری هذه وتکون لک أحبّ إلیّ من أن تکون لغیرک، علی أنْ تشترط لی إنْ أنا جئتک بثمنها إلی سنه أنْ تردّ علیّ.

فقال: لا بأس بهذا، إنْ جاء بثمنها إلی سنهٍ ردّها علیه.

قلت: فإنها کانت فیها غلّه کثیره فأخذ الغلّه، لمن تکون الغلّه؟

فقال: الغلّه للمشتری، ألا تری أنه لو احترقت لکانت من ماله؟» (۱).

وعن إسحاق بن عمّار عن أبی إبراهیم علیه السلام:

«عن الرجل یرهن العبد أو الثوب أو الحلّی أو متاع البیت، فیقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت فی حلٍّ من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب وانتفع بالمتاع واستخدم الخادم.

قال: هو له حلال إذا أحلّه، وما احبّ أن یفعل.

قلت: فارتهن داراً لها غلّه، لمن الغلّه؟

قال: لصاحب الدار.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۱۹، باب أن المبیع إذا حصل له نماء... الرّقم: ۱

قلت: فارتهن أرضاً بیضاء فقال صاحب الأرض: إزرعها لنفسک.

فقال: هو حلال، لیس هذا مثل هذا، یزرعها لنفسه بماله، فهو له حلال کما أحلّه، لأنه یزرعه بماله ویعمرها» (۱).

ثم أشکل علی هذا التفسیر بقوله:

وفیه: إنّ هذا الضّمان لیس هو ممّا أقدم علیه المتبایعان حتی یکون الخراج بأزائه، وإنما هو أمر قهریّ حکم به الشارع کما حکم بضمان المقبوض بالسّوم والمغصوب، فالمراد بالضمان الذی بأزائه الخراج: التزام الشیء علی نفسه وتقبّله له مع إمضاء الشارع له. وربّما ینتقض ما ذکرناه فی معنی الروایه بالعاریه المضمونه... فتأمّل.

أقول:

لا یبعد أنْ یکون الأمر بالتأمّل إشارهً إلی أنه فی مورد الاستعاره - وإن قلنا بأنّها ملک الإنتفاع لا المنفعه - فالروایه قالت: الخراج للضمان، ولم تقل الخراج للضّامن، أی: الخراج لا یحتاج إلی البدل، فیعمّ العاریه المضمونه، فلا یجب دفع البدل عن المنافع التی ینتفع بها، فالنقض غیر وارد.

أو أن المراد - کما قال السیّد رحمه اللّه (۲) - هو أنّ المنافع للمستعیر، غیر أنها المنافع التی عیّنها المالک، بخلاف الإجاره، إذ للمستأجر أن ینتفع من العین المستأجره مطلق المنفعه.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۳۹۲ - ۳۹۳، باب جواز انتفاع المرتهن من الرهن بإذن الراهن، الرّقم: ۱

۲- ۲) حاشیه المکاسب ۱ / ۴۶۶

الكلام علی قول ابن حمزه

قال الشیخ:

وربما یرد هذا القول بما ورد فی شراء الجاریه المسروقه... .

أقول:

وهذه نصوص الروایات:

عن زراره قال: «قلت لأبی عبداللّه علیه السلام: رجل اشتری جاریه من سوق المسلمین، فخرج بها إلی أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إنّ أباها یزعم أنهاله، وأقام علی ذلک البیّنه.

قال: یقبض ولده ویدفع إلیه الجاریه ویعوّضه فی قیمه ما أصاب من لبنها وخدمتها» (۱).

ومثله روایه اخری عن زراره: «قلت لأبی جعفر: الرجل یشتری الجاریه من السّوق فیولدها، ثم یجیئ الرجل فیقیم البیّنه علی أنها جاریته لم تبع ولم توهب. فقال: یردّ إلیه جاریته ویعوّضه بما انتفع» قال: کان معناه قیمه الولد».

وعن جمیل بن درّاج عن أبی عبداللّه: «فی الرجل یشتری الجاریه من السّوق فیولدها، ثم یجیئ مستحق الجاریه. قال: یأخذ الجاریه المستحق ویدفع إلیه المبتاع قیمه الولد، ویرجع علی من باعه بثمن الجاریه وقیمه الولد التی اخذت منه» (۲).

وهذه الروایه موردها البیع الفاسد، وقد حکم الشارع بالضمان.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۱ / ۲۰۴ - ۲۰۵، باب حکم ما لو بیعت الأمه بغیر إذن سیدها، الرّقم: ۴

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۱ / ۲۰۵، الباب ۸۸ من أبواب نکاح العبید والإماء، الرّقم: ۵

وأجاب الشيخ قائلًا:

وفيه: أن الكلام فى البيع الفاسد الحاصل بين مالكى العوضين من جهه أن مالك العين جعل خراجها له بأزاء ضمانها بالثمن، لا ما كان فساده من جهه التصرّف فى مال الغير.

أى: إنه بتسليم العين قد سلّم جميع المنافع، والبحث فى مثل هذا المورد وليس الحال فى الروايه كذلك، فلا يتم بها الرد على ابن حمزه.

والحاصل: إن هذا الحديث – على تقدير اعتباره بعمل الأصحاب به – يحتاج إلى تقديرٍ حتّى يتم معناه وذلك: إن ملك الخراج بسبب الضمان، فالباء للسببيّه، والضمان فعلى لا تقديرى، وذلك يكون على الحقيقى، وهذا ليس إلّافى المعامله الصحيحه.

فالضمان معاملى، لكنْ الضمان الحقيقى المتحقّق بالفعل، وذلك لا يكون إلّافى المعامله الصّحيحه، فالحديث أجنبىّ عن البحث، والحق مع المشهور فى القول بثبوت الضمان.

ولو تنزّلنا، وقلنا بعموم الحديث لضمان الغرامه، فهو مخصَّص بالأدلّه.

دليل المشهور

وأمّا المشهور، فقد استدلّ الشيخ لقولهم بعموم النبوى: لا يحلّ... بناءً على صدق المال على المنفعه.

ولكنّا قلنا أنّ كلمه «عن» للتجاوز، أىْ الحليّه الناشئه عن طيب النفس، وهذه هى الحليّه الوضعيّه لا التكليفيّه.

ص:۲۷۷

أمّا فى الحديث الذى ذكرناه سابقاً: «لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله إلّا بطيبه نفسه» فالحليّه فيه تكليفيّه على ما تقدّم.

وعلى كلّ تقديرٍ، فمراد الشيخ من الاستدلال هنا هو: أنّه لولا طيب النفس من صاحب المال فهو باق على ملكه، وحينئذٍ يكون صغرى لكبرى قاعده: من أتلف مال الغير فهو له ضامن، وبهذا الترتيب يتمّ قول المشهور بالضّمان، لأن طيب النفس مفقود فالملك باق على ملك صاحبه، ومنافعه كذلك بتبعه، وقد أتلفها المشترى، فهو لها ضامن.

وهذا هو استدلالنا(١).

واستدلّ بعض الأكابر(٢) بقاعده على اليد، وكيفيّه الاستدلال بتقريبين منّا:

ص:٢٧٨

أحـدهما: بالـدلاله المطـابقيه، فإن «ما» الموصوله شامله للمنافع، ومفاد «على اليـد» هو «الضـمان» و«الأخـذ» هو «التناول» وهو يعمّ الامور المعنويّه، مثل قوله تعالى «لا تَأْخُذُهُ سِنَةٌ وَ لا نَوْمٌ» (۱) و «أَخَذَتْهُ الْعِزَّةُ بِالْإِثْمِ» (۲) والمراد من «اليـد» هو الاستيلاء كما فى قوله تعالى: «تَبارَكَ الَّذِی بِيَدِهِ الْمُلْکُ» (۳) وقوله:

«بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ» (۴) ونحوهما، فعلى المتناول بالاستيلاء، أى المستولى ضمان ما استولى على عيناً كان أو منفعةً.

والثانى: بالدّلاله الالتزاميّه بعد التنزّل عن الدلاله المطابقيّه بأن يقال: إنّ ضـمان العين يستلزم ضمان المنافع، وبعباره اخرى: ضمان المنافع من آثار ضمان العين، بل إنّ ماليّه العين بمنافعها.

ومقتضى الإنصاف عدم تماميّه الاستدلال بكلا تقريبيه وذلك:

لأن الموصوله وإنْ شـملت المنفعه، وقلنا بعموم «الأخـذ» لغير الأعيان، وجعلنا «اليد» بمعنى الاستيلاء، لكن الغايه «حتى تؤدّى» أى المأخوذ، وسواء

لصـدق اليـد على المنفعه بواسـطه اليـد على العين كمـا تقـدم» (۵) لكنّ صـريح غيره كـالمحقّق الإصـفهانى والمحقق الإيروانى والمحقق الخوئى عدم تماميّه الاستدلال بقاعده اليد فى المقام.

۱- ۱) سوره البقره: ۲۵۵

۲- ۲) سوره البقره: ۲۰۶

۳- ۳) سوره الملك: ۱

۴- ۴) سوره البقره: ۲۳۷

۵- ۵) المكاسب والبيع ۱ / ۳۲۹

كانت «حتى» دالّهً على الاستمرار إلى مجئ الغايه، كما فى قوله تعالى «سَلامٌ هِيَ حَتّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ» فالضمان مستمر حتى يتحقق الأداء، أو كانت رافعهً لحكم المغيّى كما فى «العصير العنبى إذا غلا يحرم حتى يذهب ثلثاه» فإنّ هذه الغايه لا تنطبق إلّاعلى العين، لأن الرّكوب والسكنى ونحوهما من المنفعه لا تقبل الأداء.

إنْ قلت: إذا كانت المنفعه غير قابله للأداء فهى داخله فى المغيّى، نظير «كلّ شىء لك طاهر حتى تعلم أنه قذر» فما لم تعلم بقذارته فهو طاهر، وعليه فما لم يؤد فهو مضمون، فالمنافع مضمونه.

قلت: عدم الأداء عدم الملكه لا سالبه بانتفاء الموضوع، على أنْ جعل «حتّى» هنا بمعناها فى الروايه غير صحيح، فهى للاستمرار أو لرافعيّه الحكم، وعلى كلا التقديرين، تكون القاعده مختصّهً بالأعيان الخارجيه.

ولنا جواب عن التقريب الثانى بوجهٍ آخر وهو:

إنا نسلّم أن المنفعه مقوّمه لماليه العين ولولاها فلا ماليه لها، وأنّ ضمان العين فى الحقيقه ضمانٌ لماليّتها، فالمنافع مضمونه، ولكنْ هل المنفعه واسطه للعروض أو للثبوت؟ فلمّا نقول: العين مالٌ، هل وجود المنفعه واسطه لثبوت الماليه للعين أو أنها واسطه لعروضها عليها؟

ولكنّ الجواب: هل المنافع المقوّمه لماليه العين واسطه فى الثبوت، فالعين تكون مالاً بسبب المنافع، أؤ فى العروض فلمّا نقول العين مال فالمعنى: منافعها مال؟

إنْ كان الثانى، كان قولنا: الدار مالٌ، الدابّه مال... وأمثال ذلك كلّه، مجازاً،

لأن الإسناد فی الواسطه فی العروض مجازی دائماً.

فالصحیح هو الأوّل، أی: إنّ المنافع تکون سبباً لمالیّه العین، وعلی هذا، فلا معنی حینئذٍ لإسناد الضمان إلی المنافع.

فالحق: هو الاستدلال بقاعده الإتلاف کما ذکرنا(۱).

ولکن مقتضی النظر الدقیق أن یقال: بأنّ البائع حین تسلیمه العین إنْ عالماً بفساد العقد، کان مسلِّماً لملکه للغیر فهو راضٍ بتصرفات الغیر فیها ومنها استیفاء المنافع، وإنْ کان جاهلاً ـ بالفساد - وهو یسلّم العین معتقداً بکونها ملکاً للمشتری - کان المشتری ضامناً للمنافع إنْ استوفاها، ویشهد بذلک ما فی ذیل صحیحه أبی ولّاد، من قوله: «إنی کنت أعطیته...» فقال علیه السّلام: «إنما رضی... ولکنْ إرجع إلیه وأخبره بما أفتیتک به، فإنْ جعلک فی حلٍّ بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک...» (۱).

فالحاصل: إنّ الاستدلال للضّمان فی المنافع المستوفاه من باب

ص:۲۸۱

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۹ / ۱۱۹، الباب ۱۷ من أبواب الإجاره، الرّقم: ۱

الإتلاف هو الصحيح، وذلك إنْ كان المالك جاهلاً بفساد البيع.

هذا كلّه فی المنافع المستوفاه.

حکم المنافع الفائته بغیر استیفاء

قال الشیخ:

وأمّا المنفعه الفائته بغیر استیفاء، فالمشـهور فیها أیضاً الضمان... ولعلّه لکون المنافع أموالاً فی ید من بیده العین، فهی مقبوضه فی یده... مضافاً إلی أنه مقتضی احترام مال المسلم... .

أقول:

لو استأجر الدار مثلاً بعقدٍ فاسد ولم یسکنها مدّهً، فهل یضمن مثل اجره تلک المدّه؟ ذکر الشیخ خمسه أقوال:

الأول: الضّمان مطلقاً، وکأنه للمشهور.

والثانی: عدم الضمان مطلقاً، وهو لفخر المحققین (1).

والثالث: الضمان فی صوره الجهل وعدمه فی صوره العلم، کما عن بعض شروح الشرائع (2).

والرابع: التوقّف فی صوره العلم بالفساد والضـمان فی صوره الجهل، کما اسـتظهره جامع المقاصـد والسـید العمید (3) من عباره القواعد (4).

۱- ۱) إیضاح الفوائد ۲ / ۱۹۴

۲- ۲) کتاب المکاسب ۳ / ۲۰۶

۳- ۳) جامع المقاصد ۶ / ۳۲۴ - ۳۲۵، کنز الفوائد ۱ / ۶۷۶

۴- ۴) قواعد الأحکام ۱ / ۲۰۸

والخامس: التوقّف مطلقاً، كما عن الدروس والتنقيح والمسالك... (۱).

والشيخ قال أوّلًا: التوقّف أقرب إلى الإنصاف، ثم قال فی آخر كلامه:

القول بالضمان لا يخلو عن قوّه... .

أدلّه الضّمان

استدلّ للمشهور:

أوّلاًـ: بقاعده اليد، وحاصله: إن المنافع أموالٌ، وهی مقبوضه فی يد من بيده العين بتبعها، قال: ولذا يجری على المنفعه حكم المقبوض إذا قبض العين، فتدخل فی ضمان المستأجر.

قال: ويتحقق قبض الثمن فی السلم بقبض الجاريه المجعول خدمتها ثمناً، وكذا الدار المجعول سكناها ثمناً.

فاليد على المنفعه تتحقّق باليد على العين.

فالضمان ثابت فيها بقاعده اليد.

وثانياً: بقاعده احترام مال المسلم، المستفاده من النصوص المذكور بعضها فی البحوث السابقه، كقوله صلّى اللّه عليه وآله:

«فإن دمائكم وأموالكم حرام... (۲).

وقوله صلّى اللّه عليه وآله:

«يا أباذر، سباب المسلم فسوق وقتاله كفر... وحرمه ماله

۱- ۱) المسالک ۳ / ۱۵۴، الدروس ۳ / ۱۹۴، التنقيح الرائع ۲ / ۳۲

۲- ۲) بحار الأنوار ۲۱ / ۴۰۵

كحرمه دمه» (۱).

وقوله صلّى اللّه عليه وآله:

«... وحرمه ماله كحرمه دمه» (۲).

قال الشيخ فى الجواب:

ولكن يشكل الحكم - بعد تسليم كون المنافع أموالاً ـ حقيقةً - بأنّ مجرّد ذلك لا يكفى فى تحقق الضمان، إلّاأنْ يندرج فى عموم على اليد... .

أقول:

حاصله - بعد الإشكال فى صدق عنوان المال حقيقةً على المنفعه - الإشكال فى اندراج المنافع غير المستوفاه فى عموم قاعده اليد، من جهه عدم شمول عنوان «الأخذ» للمنافع، قال:

وحصولها فى اليد بقبض العين، لاـ يوجب صدق الأخذ، ودعوى: أنه كنايه عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الأعيان، مشكله.

فهو لا يوافق على جريان القاعده هنا، لأنّ «الأخذ» إنما يصدق مع الشيء الموجود فى الخارج، وأمّا منفعه الدار - مثلًا - التى هى عباره عن حيثيه قابليّتها للسكنى، فأمر معنوى، والسكنى من الأعراض القائمه بالساكن ولا ربط لها بالدار، وكذا الركوب، فإنه من أعراض الراكب ولا ربط له بالدابّه المقبوضه فى يد المشترى لها.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۲ / ۲۸۱، باب تحريم اغتياب المؤمن ولو كان صدقاً، الرّقم: ۹

۲- ۲) نفس المصدر

وأجاب عن الدليل الثانى قائلاً:

وأمّا احترام مال المسلم، فإنما يقتضى عدم حلّ التصرّف فيه وإتلافه بلا عوض، وإنما يتحقق ذلك فى الإستيفاء.

أى: فكما لا يجوز إتلاف دم المسلم، كذلك لا يجوز إتلاف ماله، ولا ربط لهذه القاعده بالمنافع غير المستوفاه.

وأمّا الاستشهاد لقول المشهور بأنّ إقباض المنفعه بإقباض العين، ولذا يتحقّق قبض المنفعه بقبض العين المستأجره، فتقريب جواب الشيخ عنه: أنّ الإجاره قد تعلّقت هناك بالعين بمالها من قابليه الانتفاع، ولذا يقال آجرتك الدّار ولا يقال آجرتك المنفعه، فالإقباض واقع بما وقع عليه العقد، وهو العين بمالها من حيثيه قابليه الانتفاع.

والحاصل: إن تلك الموارد لا تشهد بوقوع المنافع تحت اليد.

أقول:

ولكنّ التحقيق:

أمّا فى قاعده اليد، فالإشكال ليس من جهه «اليد» و«ما» و«الأخذ»، فإنّ ذلك كلّه يشمل المنافع، بل الإشكال الوارد من جهه الغايه، لأن قوله «حتى تؤدى» بمعنى: حتى ترجع، وهو صادق فى الأعيان الخارجيّه دون المنافع، فالحديث غير شاملٍ لها من هذه الناحيه.

وأمّا فى قاعده الإحترام، فما ذكره وإنْ كان متيناً إلّاأنه لم يتّضح أن يكون ذلك هو المراد، إذْ لا يبعد أنْ يكون المراد من «حرمه مال المسلم كحرمه دمه» أنّ العقاب الشّديد المترتّب على قتله بغير حق، يترتّب كذلك على

إتلاف ماله، لا أن عليه إنْ أتلف دفع البدل، أو أنه لكونه دم المسلم أو ماله محترمٌ، فالروايه ناظره إلى حيثيّه المساواه بين ماله ودمه فى ترتّب العقاب، لا إلى وجوب دفع البدل إن اتلف.

وعلى الجمله، فالقاعده غير دالّه على فتوى المشهور.

ثم إنّ الميرزا الاستاذ قدس سرّه استدلّ للضمان هنا بقاعده الإتلاف، بأنّ المشترى وإنْ لم يستوف المنافع فقد أتلفها على البائع، فإطلاق القاعده يشمل ما نحن فيه.

وفيه:

أوّلاً: إن «الإتلاف» هو إعدام الشىء الموجود، فلا يصدق على مورد البحث، نعم، المشترى قد منع البائع من الانتفاع، وهذه معصيه بلا إشكال ولكنّه غير الضمان.

وثانياً: إنّ عباره «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» ليست بلفظٍ صادر عن المعصوم، وإنما هى قاعده متّخذه من الحكم بالضمان فى موارد معيّنه، فالتعدّى عن تلك الموارد ودعوى الاطلاق فى القاعده غير صحيح(۱).

منافع المغصوب الفائته، مع قوله فی باب البیع: إنّ الفاسـد عنـد أصـحابنا بمنزله للشـیء المغصوب إلّافی ارتفاع الإثم عن إمساکه (1).

وعلی هذا، فالقول بالضمان لا یخلو عن قوه... .

1- 1) السرائر 2 / 479 و 326

أقول:

قد يمكن الاستدلال للضّمان بقاعده الحيلوله، فإنّها تجرى تارهً: فى الحيلوله بين المالک وملکه، واخرى: فى الحيلوله دون انتفاعه بملکه، وثالثه: بين العين وماليّتها، ورابعه: بين العين وإضافتها إلى المالک.

ولنذكر نصوص بعض الروايات:

عن الحلبى، عن أبى عبداللّه عليه السلام قال: «سألته عن المملوک بين شرکاء، فيعتق أحدهم نصيبه. فقال:

إن ذلک فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرته، فقال:

يقوَّم قيمهً فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلک عليه لما أفسده» (1).

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۳ / ۳۶، الباب ۱۸ من أبواب العتق، الرّقم: ۱

وعنه عن أبی عبداللّه علیه السلام: «فی جاریهٍ کانت بین اثنین، فأعتق أحدهما نصیبه. قال: إنْ کان موسراً کلّف أن یضمن، فإنْ کان معسراً خدمت بالحصص» (1).

دلّت علی أن إعدام مالیه الشیء موجب للضمان.

وعن سماعه قال: «سألته عن المملوک بین شرکاء، فیعتق أحدهم نصیبه. فقال: هذا فساد علی أصحابه، یقوّم قیمهً ویضمن الثمن الذی أعتقه لأنه أفسده علی أصحابه» (2).

وهذه صریحه فی المقصود.

و عن سدیر عن أبی جعفر علیه السلام: «فی الرجل یأتی البهیمه. قال:

یجلد دون الحدّ ویغرم قیمه البهیمه لصاحبها، لأنه أفسدها علیه، وتذبح وتحرق إن کانت ممّا یؤکل لحمه، وإنْ کانت ممّا یرکب ظهره غرم قیمتها وجلد دون الحدّ...» (3).

دلّت علی الضمان بسقوط الحیوان عن المالیه، أو بسقوط إضافتها إلی صاحبها.

وعن أحدهما قال: «فی الشّهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضی علی الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا، وإنْ لم یکن قضی طرحت شهادتهم ولم یغرموا الشهود شیئاً» (4).

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۳ / ۳۸، الباب ۱۸ من أبواب العتق، الرّقم: ۷

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۳ / ۳۸، الباب ۱۸ من أبواب العتق، الرّقم: ۵

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۸ / ۳۵۸، الباب ۱ من أبواب نکاح البهائم، الرّقم: ۴

۴- ۴) وسائل الشیعه ۲۷ / ۳۲۶، الباب ۱۰ من أبواب کتاب الشهادات، الرّقم: ۱

دلّت على الضمان لكونهم السّبب فى انقطاع إضافه المال إلى مالكه.

فنحن نستفيد من هذه النصوص أن إسقاط المال عن الماليّه أو التسبّب إلى انقطاع إضافته إلى مالكه، موجب للضمان، وما نحن فيه كذلك، أللّهم إلّا أنْ يكون المالك عالماً بالفساد، فلا ضمان حينئذٍ.

أدلّه عدم الضمان

قال الشيخ:

فالحكم بعدم الضمان مطلقاً كما عن الإيضاح، أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر، موافق للأصل السليم. مضافاً إلى أنه قد يدّعى شمول قاعده ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده له... مضافاً إلى الأخبار الوارده فى ضمان المنافع المستوفاه من الجاريه المسروقه... (۱) وكذا صحيحه محمّد بن قيس... (۲).

أقول:

أمّا الأصل، فواضح.

وأمّا الاستدلال بقاعده ما لا يضمن... فكأن الشيخ أيضاً لا يرتضيه، ضروره أنّ القاعده إنما يستدلّ بها فى وقوع عقدٍ من العقود على شىء، فإنْ كان العقد ممّا لا يضمن بصحيحه ففاسده كذلك، والمنافع لا يقع عليها العقد، فلا وجه للاستدلال بالقاعده فى موردها أصلاً.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۱ / ۲۰۵، الباب ۸۸ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الرّقم: ۵

۲- ۲) نفس المصدر، الرّقم: ۱

المختار فی المقام

فتلخّص مما ذکرنا:

أن الاستدلال بقاعده الاتلاف لضمان المنافع غیر المستوفاه لا یتم، لأنها موجوده بالقوّه وغیر متلفه، وانتفاع المالک غیر متحقّق حتی یتلف، فهو سالبه بانتفاع الموضوع.

نعم، الذی تحقّق إتلافه هو مالیه المنفعه، فللبائع بدل الحیلوله بالنسبه إلی تلک المدّه التی حال المشتری دون مالیه المنفعه فیها، فیضمن بدل مالیه الشهر أو الشهرین والسنه أو السنتین.

ولا- یقال: إنّ المنفعه موجوده بالقوه، وهی عباره عن حیثیّه قابلیه العین للانتفاع بها، وهی حقیقه واحده بسیطه، فکیف تضاف إلی الشهر والشهرین وهکذا؟

لأنها وإنْ کانت حقیقهً واحده بسیطه إلّاأنّها تتکثّر بالإضافات، فیقال:

منفعه یوم، أو شهر، أو سنه، وهکذا، فکلّ أمرٍ بسیط یتخصّص ویتکثّر بتکثّر الإضافات، نظیر النور، فیقال نور الغرفه ونور الشارع وهکذا، وهذا ما یعبّر عنه اصطلاحاً بالوحده فی الکثره، حیث أنه واحد بالحقیقه وکثیر بالعرض.

فظهر أنّ الصحیح ثبوت ضمان الإتلاف للمالیّه فی الزمان المعیّن، لکنْ علی تفصیلٍ، وذلک:

لأنّ المتعاملین إمّا عالمان بفساد العقد أو جاهلان به أو البائع عالم والمشتری جاهل أو بالعکس.

أمّا إن كانا عالمين أو كان البائع عالماً، فلا شبهه فى عدم الضّمان، لأنّ المفروض تسليم البائع ملكه للمشترى مع علمه بالفساد، فيكون إتلاف الماليّه مستنداً إليه، سواء كان تسليمه من باب التشريع أو عدم المبالاه بالحكم الشرعى وهو فساد العقد.

وإنْ كانا جاهلين بالفساد ويعتقدان صحه العقد، فالإتلاف مستند إلى كليهما على حدٍّ سواء، غير أنه بالنسبه إلى البائع بالتسبيب وبالنسبه إلى المشترى بالمباشره، وحينئذٍ يشك فى ضمان المشترى والأصل العدم.

وإنْ كان البائع جاهلاً بالفساد و المشترى عالماً به، فكالصّوره الثالثه، حتى لو كان تسليم البائع عن خطأٍ لا عن اعتقادٍ بصحه العقد، لأن نسبه الإتلاف إلى كليهما واحده على كلّ تقديرٍ.

فما ذهب إليه المحقق الثانى من عدم الضمان مطلقاً هو المتعيّن من بين الأقوال بحسب القواعد.

ويؤّيده ما فى صحيحه أبى ولّاد الآتيه، إذ أنّ الإمام عليه السّلام لم يحكم عليه إلّابضمان الأُجره من الكوفه إلى النيل ومنها إلى بغداد ومنها إلى الكوفه، مع أنه قد فوّت على المالك منافع كثيره فى تلك المدّه كما لا يخفى(١).

ص:٢٩٤

السادس (۱)فیما لو کان التالف مثلیّاً

اشاره

(۱)

قال الشیخ:

إذا تلف المبیع، فإنْ کان مثلیّاً وجب مثله بلا خلاف. إلّاما یحکی عن ظاهر الإسکافی.

وقد اختلفت کلمات أصحابنا فی تعریف المثلی... .

أقول:

إذا تلف المبیع فی یـد المشتری فالحکم هو الضـمان علی ما تقـدّم، والکلام الآن فی البـدل. یقول الشـیخ إنه إن کان مثلیّاً وجب مثله وإنْ کان قیمیاً وجبت قیمته.

فیقع البحث فی جهات:

الاولی: فی تعریف المثلی والقیمی، والأقوال فی ذلک.

والجهه الثانیه: لو اختلف الحال باختلاف الأزمنه والأمکنه، بأنْ کان مثلیّاً فی مکان أو زمانٍ وقیمیّاً فی آخر، فما هو الحکم؟

والجهه الثالثه: لو وقع الشک فی شـیء بنحو الشبهه الموضوعیه أنه مثلی أو قیمی، فما هو مقتضی القاعده، الاشتغال أو البراءه عن الزائد أو التخییر؟

۱- ۱) وهو الرابع فی کتاب المکاسب

والجهه الرابعه: هـل الإجماعـات المـدّعاه فى المسـأله قـائمه على الشـبهات الحكميه حتى تكون مؤثره بنـاءً على حجيّتها أو على الشبهات الموضوعيه، والاجماع فيها بلا أثر؟

قال الشيخ: إنْ كان مثليّاً وجب مثله، بلا خلاف إلّاما يحكى عن ظاهر الإسكافى.

وهذه عباره الإسكافى كما حكاها صاحب الجواهر (١):

إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إنْ رضى صاحبه... .

ويحتمـل أنْ يكون نظره إلى أنّ الشـىء مركّب من العينيّه والمـاليّه، فـإذا زالت العينيّه بقيت القيميّه، فيكون المتلف ضامناً للقيمه، ولا يكون ضامناً للمثل لكونه وجوداً آخر مغايراً للتالف، نظير ما فى قاعـده اليد من وجوب أداء ما أخذ، فلو تلف وجب عليه دفع ماليه التالف، وأمّا الفرد الآخر منه فلم يكن مأخوذاً.

لا تعرّض فى نصوص الضمان المثل

وقبل الورود فى الجهات نقول:

إن الموجود فى النصوص هو «الضـمان» بألفاظه المختلفه، ولم نجـد فى شـىء منها تعرّضاً للمثل، وإنّما يوجـد التعرّض للقيمه فى صحيحه أبى ولّاد وموارد قليله، وهذه طائفه من نصوص الضمان:

محمّد بن علىّ بن الحسين قال: قال عليه السّلام: «إذا استعيرت عاريه

١- ١) جواهر الكلام ٣٧ / ٨٥

بغیر إذن صاحبها فهلکت فالمستعیر ضامن» (۱).

عن محمّد بن الحسن قال: «کتبت إلی أبی محمّد علیه السّلام، رجل دفع إلی رجل ودیعه فوضعها فی منزل جاره فضاعت، هل یجب علیه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملکه؟ فوقّع علیه السّلام: هو ضامن لها إن شاء اللّه» (۲).

عن الحلبی قال: «سألت أبا عبداللّه علیه السّلام، عن رجل تکاری دابّه إلی مکان معلوم فنفقت الدّابه؟ قال: إن کان جاز الشّرط فهو ضامن، وإن دخل وادیاً لم یوثقها فهو ضامن، وإن سقطت فی بئر فهو ضامن لأنّه لم یستوثق منها» (۳).

عن السّکونی عن أبی عبداللّه علیه السّلام: «رفع إلیه رجل استأجر رجلاً یصلح بابه، فضرب المسمار فانصدع الباب، فضمّنه أمیر المؤمنین علیه السّلام» (۴).

عن الحلبی عن أبی عبداللّه علیه السّلام نحو ما تقدّم عنه، وزاد هنا:

«وأیّما رجل تکاری دابّه فأخذتها الذئبه فشقّت کرشها فنفقت، فهو ضامن، إلّا أن یکون مسلماً عدلاً» (۵).

فمادّه الضمان وارده فی نصوص کثیره، وهی ملقاه إلی العرف، الذی

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۹ / ۹۷، الباب ۴ من أبواب الودیعه، الرّقم: ۱

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۹ / ۸۱، الباب ۵ من أبواب الودیعه، الرّقم: ۱

۳- ۳) وسائل الشیعه ۱۹ / ۱۲۱، الباب ۱۷ من أبواب الإجاره، الرّقم: ۳

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۹ / ۱۴۴، الباب ۲۹ من أبواب الإجاره، الرّقم: ۹

۵- ۵) وسائل الشیعه ۱۹ / ۱۵۶، الباب ۳۲ من أبواب الإجاره، الرّقم: ۳

هو المرجع فی استظهار مفاهیم الألفاظ وتعیین معانیها، فتشخیص ما یجب علی الضامن دفعه بدلاً عن التالف مثلاً۔ أو قیمةً موکول إلی نظر العرف.

تعریف المثلی

قال الشیخ:

فالشّیخ... بل المشهور علی ما حکی: إنه ما تساوت أجزاؤه من حیث القیمه و... قد عُرّف المثلی بتعاریف اخر أعمّ من التعریف المتقدّم أو أخصّ... .

أقول:

قد اختلفت کلماتهم فی تعریف المثلی، ولکنّها - کما قال المحقق الخراسانی (۱) - لیست بتعاریف حقیقیّه حتی تنتقض طرداً أو عکساً، بل هی بیانٌ للمفهوم العرفی.

فالمشهور - علی ما حکی - إنّه ما تساوت أجزاؤه من حیث القیمه.

وقیل: ما تساوت قیمه أجزائه، کالحبوب والأدهان والتمور والأقطان... .

وقیل: ما لو امتزج مالان من شخصین، کانا مشترکین بالتساوی.

وقیل: ما تناسبت أجزاؤه وتقاربت صفاته.

وقیل: هو المتساوی من حیث الأجزاء والمنفعه والمتقاربه صفاته.

وقیل: ما یباع بالکیل والوزن.

ثم بیّن الشیخ المراد من «الأجزاء» و«التساوی» فی تعریف

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۳۵

المشهور قائلاً:

والمراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقه. والمراد بتساويها من حيث القيمه تساويها بالنسبه... ومن هنا رجّح الشهيد الثانی کون المصوغ من النقدين قيميّاً. قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته... .

فالمراد من الأجزاء هو المصاديق، والمراد من التساوی: أنْ تكون قيمه نصف الكلّی نصف قيمته، فلو كان صبرةً من الحنطه وزنها عشره أمنان بقيمه مائه درهم، فقيمه الخمسه منها خمسون درهماً.

وربما قيل: ما تساوت أجزاؤه، أی أبعاده، بمعنى أن تكون الأجزاء متساويه فی القيمه مع حفظ جهه الاتّصال بينهما، بأنْ تكون قيمه كلّ نصف من الأجزاء المتّصله معادلةً لقيمه النصف الآخر مع التحفّظ على الهيئه الاتصاليّه بينهما، ومن هنا رجّح الشهيد الثانی كون المصوغ من الذهب والفضّه قيميّاً، قال: إذ لو انفصل نقصت قيمته (١).

التحقيق فی المقام

والذی يختلج بالبال فی تعريف التالف المثلی أن يقال:

هو ما كان له مماثل فی الغالب فی جنسه ويتساوى معه فی ماليّته، فلو تساويا فی الماليّه ولم يجتمعا تحت جامعٍ لم يكونا مثلين كما لو تساوت ماليّه المنّ من الحنطه مع ماليه المنّ من اللّحم. ولو كانا من جنسٍ واحدٍ وهما غير متساويين فی الماليّه، كالحنطه الجيّده والرديئه أو العقيق الكبير والصغير أو حنطه هذا البلد وذاك البلد، لم يكونا مثلين.

ص:٣٠٠

١- ١) مسالك الافهام ٢ / ٢٠٩ الطبعه القديمه

فالمثلی هو: ماله مماثل یندرج معه تحت جامع قریب ویساویه فی المالیّه من جمیع الجهات، بإضافه کلمه «من جمیع الجهات» حتّی یعمّ الخصوصیات المذکوره.

وربما یشکل بالاختلاف الأزمانی، کما لو أتلف الحطب فی الشتاء، فأراد دفع ما یساویه فی الأجزاء والمالیّه فی الصیف، أو أتلف الجلید فی الصیف وأراد دفع ما یساویه فی الشتاء، فلابدّ من إضافه قیدٍ آخر، فکان المختار عندنا فی تعریف المثلی هو:

ما کان له فی الغالب مماثل یندرج معه تحت جامعٍ قریبٍ ویساویه من جمیع الجهات فعلاً.

هذا، وقد اختلفت کلماتهم فی المصادیق تبعاً لاختلافهم فی التعریف:

قال الشیخ:

ویبقی ما کان مختلفاً فیه بینهم، کالذهب والفضّه غیر المسکوکین... وکذا الحدید والنحاس... .

أقول:

أمّا الحنطه والشعیر من الغلات الأربع فمثلیّان، وأمّا التمر والزبیب فإن کان یابسین فکذلک، وإن کانا رطبین فقال بعضهم بکونهما قیمیین، وکذا فی الدرهم والدینار اختلفوا علی قولین، وفی المعادن التی تصنع منها الأشیاء من الظّروف ونحوها، قال جماعه بکونها قیمیّه وفصّل بعضهم بین الاصول فقال بأنها مثلیّه وبین المصوغ منها فقال هی قیمیّه.

والصحیح: إن الظروف المصنوعه فی المعامل من المعادن وکذا الأدوات کالسکین والمقص ونحو ذلک، کلّها مثلیّه، بل کلّ شیء یصنع من

المواد بواسطه الآلات كالثياب وغيرها مثلى، ولا وجه لأنْ يكون قيميّاً.

قال الشيخ:

والحاصل: إن موارد عدم تحقّق الاجماع على المثليّه فيها، كثيره، فلابدّ من ملاحظه أنّ الأصل... .

أقول:

إنه لمّا لم يكن المثليُّ مذكوراً فى النّصوص وكذا القيمى إلّاقليلاً، ولم ينعقد الإجماع على المثليّه فى كثير من الموارد، فلا محاله يقع الشك وتصل النوبه إلى الأصل:

فقيل: الأصل فى الضمان المثل.

وقيل: الأصل فى الضمان القيمه، وهو ظاهر ابن الجنيد، وقد قرّبناه سابقاً.

وقيل: يتخيّر المالک بين المثل والقيمه.

وقيل: يتخيّر الضّامن.

وقيل غير ذلک.

وسيأتى الكلام على الأقوال.

هذا، ومقتضى قاعده اليد - بناءً على تماميّتها - هو ضمان المثل، لأنه إنْ كان للشىء التالف مثل فأدّاه فقد أدّى ما أخذ، لأنّ أداء مثل الشىء بمنزله أداء نفس الشىء وكأنه لم يتلف من المالک شىء، وعليه، فالأصل فى الخروج عن العهده إعطاء المثل.

والحاصل: إنه لا خلاف بينهم فى أنّ المثلى يضمن بالمثل والقيمى

بـالقیمه، فلو کانت هـذه قاعـدهً فقهیّه، لزم تعریف المثلی والقیمی، ولو أنّ اتفاقهم علی کون الحنطه مثلیّهً والحیوان قیمیّاً کشـف عن رأی المعصوم علیه السّلام أو روایهٍ معتبرهٍ فی مثلیّه هذا الشیء أؤ قیمیّه ذاک، کان الاهتمام بالتعریف آکد والدقّه فیه ألزم.

ولکنْ لا کاشـفیّه لمثل هـذا الاتّفاق عن رأی المعصوم أو النصّ المعتبر أو القاعـده الفقهیّه، فیکون أمر ضـمان الأشـیاء من حیث المثلیّه والقیمیّه موکولاً ـ إلی نظر العرف، وقـد حاول الفقهاء التعریف وتعیین ما هو مثلی أو قیمیٌّ عرفاً، بلحاظ کونهم أجلّاء أهل العرف، فما ثبت أنه عند العرف کذا فهو، وما شکّ فیه فالمرجع هو الأصل العملی.

هـذا، وقـد ذکرنـا المختـار عنـدنا فی تعریف التـالف المثلی، وأمّـا کلّی المثلی فتعریفه: هو ما ینـدرج تحته أفراد متماثله متساویه الفائـده، والظاهر رجوع تعریف المشـهور إلی هذا الذی ذکرناه، لأن المراد من قولنا «متماثله» هو المماثله بقولٍ مطلق، بمعنی أنْ لاـ یکون فی أحـدهما امتیـاز وخصوصـیّه توجب فیه مزیـد المرغوبیّه والمالیّه العقلائیّه بالنسـبه إلی الآخر، بأنْ یکونا متماثلین فی الصـغر والکبر، والثقـل والخفّه، واللینه والخشونه، والطعم واللّون وهکـذا... وأمّـا الخصوصـیات الشخصـیّه فلاـ یعقـل التماثل بین الشیئین فیها کما لا یخفی.

وإذا کان هذا هو المراد، فلا یرد علیه ما ربما یقال:

إنه إنْ کـان المراد من «مـا» الموصـوله فی: «مـا تسـاوت أجزاؤه...» هـو النوع، فمن الواضـح أنّ أفراد النوع - وهی أصـنافه - غیر متساویه فی القیمه، فالقول بأن المثلی هو النوع الذی تتساوی من حیث القیمه مخالف للواقع،

وإنْ كان المراد: هو الصّنف، فإنْ اريد من «التساوى» التساوى الحقيقى، فإن الواقع فى الخارج ليس كذلك، وإنْ اريد التساوى التقريبى، فإنه موجود فى كثيرٍ من القيميّات، كالقطعتين من الأرض والفردين من الحيوان وهكذا... .

أو يقال - وهو للمحقق الأردبيلى - ونقله الشيخ وهو:

«إنه إنْ اريد التساوى بالكليّه، فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعرّف، إذ ما من: شىء إلّاوأجزاؤه مختلفه فى القيمه... وإنْ اريد التساوى فى الجمله، فهو فى القيمى موجود أيضاً، مثل الأرض ونحوها» (1).

أو يقال: بانتقاض ما ذكر بأنّا قد نجد التساوى فى القيمه فى الحيوانات.

وجه عدم الورود هو: أنّا قلنا فى التعريف «ما كان له مثل فى المماثله الغالبه». فالموارد النادره خارجه. هذا أوّلاً.

وثانياً: قد اعتبرنا التماثل بقولٍ مطلقٍ كما تقدّم.

وثالثاً: مرادنا من «الجامع» هو العنوان الخاص وإنْ كان جامعاً انتزاعيّاً كما إذا كانت الحنطه ممّا تسقى سيحاً مثلاً... بأنْ يدخل فى الاعتبار كلّ خصوصيّهٍ لها دخلٌ فى الماليّه والمرغوبيّه، ولذا قلنا يندرج تحت عنوانٍ، أى وإنْ كان انتزاعيّاً.

رأى المحقق النائينى

والميرزا الاستاذ يعتبر فى المثلى أربعه امور:

أحدها: أن يكون مماثله موجوداً بكثرهٍ، فلو لم يكن للشىء مماثل لم يكن للقول بأنّه يضمن بمثله معنىً، ولو كان عزيز الوجود ولا يمكن

۱- ۱) مجمع الفائده والبرهان ۱۰ / ۵۲۳

تحصيله إلّابأضعاف القيمه، لم يضمنه لأنه ضرر منفى بالقاعده.

والثانى: أن لا يكون ممّا يعرضه الفساد ليومه أو تتغيّر أوصافه بالهواء، فالعنب والرطب مثلاً يفسد فى زمانٍ قليل، فلو اشترى عنباً جديداً بعقد فاسد فأتلفه، لم يجز إعطاء العنب الذى مرّت عليه أيّام بدلاً عنه.

والثالث: أن يلازم التماثل فى الصّفات التساوى فى القيمه.

والرابع: أنْ يكون بالخلقه الأوّليّه الإلهيّه صورةً ومادّةً، كالحنطه والشعير والحبوبات... فلا يكون من صنع الإنسان وإنْ كان أصله معدناً من المعادن، من غير فرقٍ بين أنْ يكون مصنوعاً باليد أو بالآلات الصّناعيّه.

وعلى هذا، فكلّ ما كان للإنسان دخلٌ فى صنعه فإنّه يكون قيميّاً لا مثليّاً، إذْ يمكن أنْ تكون موادّه الأوليّه لشخصٍ والهيئه لشخصٍ آخر، كالحنطه تكون لزيدٍ فيطحنها عمرو، أو القطن يكون لزيدٍ فينسجه بكر، فلمن يدفع البدل حتى يخرج من العهده؟ (۱)أقول:

قد وقع الخلط فى كلامه بين الموضوع والحكم، لأنّ كلامنا الآن فى معرفه «المثلى»، وأمّا حكم المثلى المشترك بين اثنين فخارج عن البحث. إن «المثلى» عباره: عمّا يندرج مع مماثله تحت عنوانٍ واحدٍ وكانت المماثله بقولٍ مطلقٍ، أى فى جميع الخصوصيّات الدخيله فى الرّغبه، فالتعريف يشمل الأشياء المصنوعه، أمّا إذا كانت مشتركةً - بأنّ كانت المادّه لشخصٍ والهيئه لآخر - فذاك لا يخرجه عن التعريف، بل يتعلّق بالحكم، وهو غير ما نحن فيه.

۱- ۱) وراجع: منيه الطالب ۱ / ۱۳۶ - ۱۳۷

كمـا أنّ مـا ذكره أوّلاً ـ من أنه يعتبر أن يكون الشـىء كثير الوجود، فلو كان عزيزاً واسـتلزم أداؤه الضّـرر فهو قيمىّ وليس بمثلى، ليس فى محلّه، فإنّ عزّه الوجود لا يخرجه عن المثليّه، نعم، هل يجب عليه تحصـيله بأىّ ثمنٍ أوْلا؟ فهذا حكمٌ آخر وليس الكلام فيه.

إذن، فالقيدان الأوّل والرّابع، يتعلّقان بما هو خارج عن البحث، فلا يعتبران فى تعريف المثلىّ، وأمّا الثانى والثالث، فمذكوران فى تعريفنا.

والحاصل: إن المصـنوعات اليدويه أو بالآلات، مثليّه، والدراهم والدنانير المسـكوكات كذلك، والرطب والعنب مثليّان لأن أفراد كلّ منهما – حالكونها جديدةً سالمةً – تندرج تحت جامعٍ واحد، وأمّا حالكونها رديئةً غير مرغوبٍ فيها، فلها جامع آخر.

فى مقتضى الأصل إذا شك فى المثليّه والقيميّه

وبالجمله، فإنّ الفقهاء لا يختلفون فى أنّ ضـمان المثلى بالمثل والقيمى بالقيمه، إنّما الكلام فى تطبيق هذا الكلّى على المصداق، فما تبين لنا كونه مثليّاً أو قيميّاً فهو، وما لم يتبيّن فالمرجع فيه القواعد والاصول، وفى ذلك احتمالات:

الأوّل: إن الأصـل فى كـلّ تـالفٍ شك فى مثليّته وقيميّته هو الضـمان بالمثل، لأنّ الشـىء المأخوذ يكون فى عهـده الآخـذ حتى يؤدّيه، فإذا تعذّر أداء الشىء وجب دفع ما يقاربه فى الجهات الشخصيّه والماليّه.

وبعبـاره اخرى: إنّ أداء الشـىء الرافع لضـمانه هو أداؤه بشـخصه ونوعه وجنسه وماليّته، فإذا تلف تعـذر أداؤه بشـخصه وأمّا ساير خصوصيّاته

فالمفروض هو القدره على أدائها، وذلک یتحقق بدفع المثل، إلّاإذا قام الإجماع فی موردٍ على دفع القیمه.

والثانی: إذا شک فی مثلیّه الشیء أو قیمیّته، فالأصل هو الضمان بالقیمه، لأنّ کلْ شیء فله حیثیّه العینیّه وحیثیّه المالیّه، فإذا امتنع أداء الشیء بعینه بقی على العهده مالیّته ومع دفع القیمه یخرج الضامن عن العهده، إلّاما ثبت بالإجماع وجوب دفع مثله.

ویؤیّده: ما جاء فی النصوص من «یغرم قیمته» (۱) و«یغرم ثمنه» (۲)ونحو ذلک، وعدم ورود الضمان بالمثل فی شیء من النصوص.

والثالث: تخییر الضامن بدفع أیّهما شاء.

والرابع: تخییر المالک بإلزام الضامن بأیّهما شاء.

والخامس: أنْ یحضر الضامن المثل والقیمه معاً عند المالک، فإذا خلّى بینه وبینهما خرج عن العهده، لکنْ لیس للمالک أخذ کلیهما للعلم اجمالاً ـ بأن أحدهما له والآخر للضامن، فهو لا ـ یستحقّ إلّاأحدهما، ولیس «الأحد» المردّد، ولا ـ طریق للتعیین إلّاالقرعه.

والسادس: إذا تصالحا فهو، وإلّا یرجع الأمر إلى الحاکم، فیتحقق الصلح القهری بینهما.

والسّابع: التنصیف، نظیر درهم الودعی، فیأتی الضّامن بالمثل والقیمه، ویأخذ المالک النصف من کلٍّ منهما.

۱- ۱) وسائل الشیعه ۲۹ / ۹۱، باب أن من قتل مملوکه فلا قصاص علیه، الرّقم: ۱

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۹ / ۹۶، باب أن المملوک یقتل بالحر ولا یقتل الحر بالمملوک، الرّقم: ۳ و ۵

قال الشيخ:

ولاـ يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن... والأقوى: تخيير المالك من أوّل الأمر... نعم، يمكن أن يقال... التخيير فى الأداء... ولكنْ يمكن أن يقال... هو الضمان بالمثل... .

أقول:

قد اختلف كلامه قدّس سرّه، كما هو المشاهد من عباراته، ونحن نبيّن وجوه الأقوال ونتكلّم عليها:

القول بتخيير الضامن

أمّا القول بتخيير الضّامن، فقد استدلّ له بأصاله براءه ذمّته عمّا زاد على ما يختاره.

وهذا الاستدلال على ظاهره غير صحيح، لعدم كون ما يختاره متيقّن الوجود أو الثبوت حتى ينفى الزائد عليه بالأصل، فلابدّ من أنْ يكون مراده هو: إن الضّامن متيقّن باشتغال ذمّته بماليّه التالف، ثم إذا شك فى أنه - بالإضافه إلى ذلك - ضامن لخصوصيّه المثليّه وخصوصيّه القيميّه أوْلاـ؟ فتكون الخصوصيّتان أمرين زائدين، فتجرى فيهما البراءه، وحينئذٍ، يكون مخيَّراً فى دفع أيّهما شاء حتّى يكون مؤدّياً للماليّه لعدم إمكان أداء الماليّه بوحدها.

فقال المحقق الخراسانى: «لاـ يخفى أنه لو كان الضمان بالقيمه فى القيميّات مجرّد إرفاق بحيث لو تمكّن من مثل العين التالفه وما يشابهها بحسب الصفات فيها كان له دفعه ولا يتعيّن عليه قيمته، كان الأمر من باب

الـدوران بين التخيير والتعيين، والأصل عـدم الخروج عن العهده إلّابالمعيّن، للشكّ فی الخروج بدونه، فلا وجه للتخيير، ولو كان الضمان بها فيها على نحو التعيين، كان الأمر من باب الدوران بين المتباينين، ويتعيَّن فيه الاحتياط لا التخيير...» (۱).

وتوضيح التباين هنا هو: إنّ القيمه عباره عمّا يتقدّر به ماليّه الشیء، فهی الماليه المقيّده بكذا دينار أو درهم، والمثليّه كذلك، فهی عباره عن الماليّه المقيده بكونها مثل التّالف، فيكون الأمر دائراً بين المتباينين، والمحكّم أصاله الاحتياط لا التخيير.

لكنّ الميرزا الاستاذ قرّب تخيير الضّامن: بأنه وإنْ كان أمره مردّداً بين المتباينين، لكنّ الاحتياط بدفع كليهما متعذّر، لكونه معارضاً باحتياط المالك، لتردّده بين استحقاق المثل أو القيمه، فلا يجوز له أخذ كليهما ولا أحدهما المعيَّن لاحتمال أنْ لا يستحقّه، والأحد المردّد لا واقعيّه له ولا ماهيّه، فتنزّل وظيفه الضامن من الموافقه القطعيّه إلى الاحتماليّه، وهذا هو التخيير (۲).

ويندفع: بأنه لو كان الأداء الرافع للضمان هو الإعطاء والأخذ من المالك، كان لما أفاده وجه، لكنّ الأداء فی الحديث عباره عن الإقباض، وهو يتحقق بالتخليه بين المال وبين المالك، وإذا فَعَلَ ذلك وقال له: إنّ أحدهما لك والآخر لی، فقد أدّى وظيفته وتحقق الغايه فی الحديث، لكنْ ليس

۱- ۱) حاشيه المكاسب: ۳۵

۲- ۲) وراجع: منيه الطالب ۱ / ۱۳۷

للمالـك أن يأخـذ كليهمـا معاً، أو أحـدهما على ما ذكر، فإنْ تصالحا فهو، وإلّا فالقرعه أو الرجوع إلى الحاكم أو التنصـيف، فلا موضوع فى المقام للمعارضه.

وأمّا ما يذكره الفقهاء من عدم تمشّى الإحتياط فى الأموال بأن يدفع المثل والقيمه معاً، للتعارض بينه وبين قاعده لا ضرر، ففيه:

أوّلًا: قـد تقرّر فى الأصول أن مجرى قاعـده نفى الضـرر هو الأحكام الشـرعيّه، ووجوب تحصـيل العلم بفراغ الـذمه حكم عقلىّ، والقاعده لا ترفع الأحكام العقليّه.

وثانيـاً: إنّ مقتضـى الإحتيـاط هو التخليه بين المالـك وبين المثـل والقيمه على الـترتيب الـذى ذكرنـاه، نعم، لو كـان الواجب هو تمليكهما إيّاه لكان لتوهّم المعارضه المزبوره مجال.

فالقول بتخيير الضّامن مردود مطلقاً.

وأمّـا مـا ذكره المحقـق الخراسـانى من أن المـورد من دوران الأـمر بين التعيين والتخيير، والأصـل فيه هو التعيين، فعليه دفع المثل معيَّناً، فنذكر قبل النظر فيه فائدةً اصوليّه هى:

إن دوران الأمر بين التعيين والتخيير على خمسه أقسام:

١ – أن يدور أمر تحصيل الشىء وامتثاله بين التعيين والتخيير، كما لو امر بحفظ الأمانه، ولا يدرى هل يتحقق الامتثال بوضعها فى أى مكانٍ فى الدار أو فى الصندوق؟ ولا شبهه فى أنّ الأصل هنا التعيين، لأنّ الإشتغال اليقينى يقتضى البراءه اليقينيّه.

۲ - أن یعلم بوجوب شیء، ولا یدری هل الواجب علیه هو الشیء معیّناً أو أحد الشیء مخیّراً منهما؟ مثلًا: إذا علم بعد رمی الجمره یوم العید بوجوب شیء علیه بعد الرمی، ولکنْ هل هو خصوص الحلق أو أحد الأمرین من الحلق والتقصیر؟

۳ - أن یؤمر بشیء ولا یدری هل له عِدل أوْ لا، کما لو علم بوجوب إطعام ستّین مسکیناً وجهل هل عتق الرقبه عِدل فیکون مخیّراً بینهما؟ أو یؤمر بشیء ولا یدری هل الواجب علیه هو الشیء بخصوصه أو الجامع بینه وبین الشیء الآخر؟

۴ - أنْ یخاطَب بواجبین ویقع الشک بین أنّ العطف بینهما کان بالواو حتی یجب علیه کلاهما علی وجه التعیین، أو بأو حتی یکون الواجب أحدهما علی نحو التخییر.

۵ - أنْ یکون حکمان تعیینیّان ولا یقدر علی امتثالهما معاً، فیقع التزاحم بینهما، وهو یحتمل أهمیّه أحدهما من الآخر، فإنْ کانا متساویین فالتخییر، وإنْ کان أحدهما أهمّ فالتعیین.

وبعباره اخری:

تاره: یدور الأمر بین التعیین والتخییر العقلیین فی مقام الامتثال والخروج عن العهده بعد العلم بالتکلیف، کما لو امر بإزاله النجاسه وشک فی الامتثال بالغسل مرّهً أو مرّتین، فهنا یجب علیه الإتیان بما یحتمل کونه دخیلًا فی تحقق الامتثال، فلا یکتفی بالمره فی المثال أو وضع الودیعه فی أیّ مکانٍ فی البیت کما فی المثال السّابق، بل الأصل هو التعیین.

ص:۳۱۱

واخرى: یـدور الأـمر بین التعیین الشـرعی والتخییر العقلی، کـأنْ یعلم بـأنّ الواجب علیه فی الرکوع إمّـا التسبیـح معیَّنـاً وإمّا مطلق الـذکر والتسبیـح من مصـادیقه فیکون مخیّراً عقلاً ـ بینه وبین غیره. فهنا: یوجـد القـدر المتیقَّن وهو الأقلّ، أی: مطلق الـذکر، وأمّا الأکثر أی: الخصوصیّه، فمشکوک فیها، والأصل براءه ذمّته عن الأکثر، وکذا فی مثال الواجب بعد الرّمی المذکور سابقاً.

وثالثه: یـدور الأمر بین التعیین والتخییر الشـرعیین، وهـذا علی ثلاثه أقسام: لأنه قـد یکون فی الشـبهه الموضوعیّه، وقـد یکون فی الشبهه الحکمیّه، وقد یکون فی الحکمین المتزاحمین مع احتمال الأهمیّه.

أمّا الشـبهه الموضوعیه، کما لو علم بأنّ المعصیّه الکـذائیه موجبه للکفاره وجهل بکون کفّارتها هی عتق الرقبه معیّناً أو أنه مخیّر بین العتق والإطعام مثلاً؟

وأمّا الشبهه الحکمیه، کما لو أوجب أمرین کالعتق والإطعام وتردّد إیجابهما بین کونه بواو الجمع فهما واجبان، أو بأمر فهو مخیّر بینهما، ومثل ما إذا وجب علیه شیء کالصّلاه مع السّوره وجهل هل لها عدل وهو الصّلاه بلا سوره أوْ لا؟

وأمّا الحکمان التّعیینیّان المتزاحمان، کما لو قال: إفعل هـذا، ثم قال: إفعل هـذا، وکلّ من الأمرین مطلق، أی سواء فعلت ذاک أوْ لاـ لکنّه غیر قـادر علی امتثـال کلیهما، فلابـدّ من رفع الیـد عن الإطلاق، فإنْ کانا متساویین فی الملاک، رفع الیـد عن إطلاقهما والنتیجه هی التخییر، وإنْ کان ملاک أحدهما أهم من الآخر، قدّم علی الآخر وسقط إطلاقه، ومع الشک فمقتضی الأصل تعیین

محتمل الأهميّه، لعدم العلم بسقوط إطلاقه والعلم بسقوط إطلاق الآخر.

وأمّا فی القسمین السّابقین، فعلی المبنی فی الواجب التخییری:

فإنْ قلنا: بأن الجامع بین الفردین هو الواجب، رجع الشک إلی وجوب الخصوصیّه بعد کون الواجب هو الجامع، وتجری البراءه عنها، والنتیجه هی التخییر.

وإنْ قلنا: بأن هناک واجبین، فیجب کلٌّ منهما عند عدم القیام بالآخر - وکأنه قال: إفعل هذا إنْ لم تفعل ذاک، وإفعل هذا إن لم تفعل ذاک، فهما واجبان مشروطان - فالنتیجه هی التخییر کذلک، لأنه إذا أتی بأحدهما وشک فی وجوب الآخر، کان من الشک فی أصل التکلیف وهو مجری البراءه.

وإنْ قلنا: إن هناک واجبین ولکلٍّ منهما مصلحهٌ تامّه، ولکنْ هناک مصلحه اخری هی السبب فی جواز ترک کلٍّ منهما إلی البدل، فهی مزاحمه للجمع بین مصلحتی الواجبین، فلا مناص من أصاله التعیین، لأنه متیقّن بوجوب الفرد ویشک فی وجود المصلحه المزاحمه الموجبه لجواز ترکه، والأصل عدمها.

وبعد الفراغ عن هذه المقدّمه نقول:

إن دوران الأمر بین المثلی والقیمی، سواء کان بنحو الشبهه الموضوعیه أو الحکمیّه، یرجع إلی تعیین المثل أو الجامع بینه وبین القیمه، والأصل البراءه عن التعیین، والنتیجه هی التخییر.

وبهذا ظهر سقوط إشکال المحقق المذکور، وأن هذا هو الوجه الصحیح للقول بالتخییر. والعلم عند اللّه.

ص:۳۱۳

والتحقیق: أنه لا یمکن القول بتخییر الضّامن، أمّا من جهه أصاله البراءه عمّا زاد مع تقریبنا لذلک، فلأنه یرد علیه: أنّ القیمه – علی ما فی کتب اللّغه (۱) – ما یعادل المتاع، أو الثمن الذی یقاوم المتاع، أی یقوم مقامه، وفی القاموس (۲):

قوّمت الشیء أی ثمّنته، فالمراد من «القیمه» هو «الثمن» لا «المالیّه» المطلقه، وعلیه، یدور الأمر بین اشتغال ذمه الضّامن بخصوص المثل أو الثمن وهو عباره عن الدرهم والدینار، فهو یدور بین المتباینین، فلا مجال للتمسّک بالبراءه.

وأمّا من جهه ما ذکره شیخنا المیرزا من التعارض بین احتیاط الضامن واحتیاط المالک، وإذْ لا طریق لتحصیل الموافقه القطعیّه فیتنزل إلی الموافقه الاحتمالیه وهی تحصل بإعطاء أیٍّ منهما، فالجواب عنه: إنّ الموافقه القطعیّه تحصل بإحضار الفردین عند المالک والتخلیّه بینه وبینهما، أمّا أنّه لا یجوز شرعاً للمالک أخذهما أو أحدهما المعیَّن، فلا یکون مانعاً عن حصول البراءه للضّامن. وبعبارهٍ اخری: عدم تمکّن المالک من التصرّف شرعاً لا ربط له بتکلیف الضّامن، فإنه بإحضارهما متیقّن بفراغ ذمّته.

وبالجمله، فالقول بتخییر الضّامن ساقط.

القول بتخییر المالک

وأمّا القول بتخییر المالک، فقد قال الشیخ:

فإنْ فرض إجماع علی خلافه، فالأصل تخییر المالک... والأقوی تخییر

۱- ۱) مجمع البحرین ۳ / ۵۷۰

۲- ۲) القاموس المحیط ۴ / ۱۶۸

المالک من أوّل الأمر لأصاله الإشتغال، والتمسّک بأصاله البراءه لا یخلو عن منع.

أقول:

أمّا الإجماع، فإن کان المراد عدم قیام الإجماع علی تخییر الضامن واقعاً، فهذا صحیح، إذْ لا یقول أحدٌ بأنّ الحکم الواقعی للضامن هو التخییر، إنما الکلام فی مقتضی الأصل العملی، ولا ربط للبحث بالإجماع، علی أنه لو فرض، فلیس بالإجماع الکاشف.

وبالجمله، فإنا نعلم بأنّ الحکم الواقعی لیس هو التخییر، ولا أثر لدعوی الإجماع، مع أنه لیس بالإجماع الحجّه.

وأمّا أن الأصل عدم براءه ذمّه الضامن إلّابما یرضی به المالک.

ففیه: إنّ براءه ذمّته تحصل بإحضار المثل والقیمه عند المالک، فلیس طریق تحصیلها منحصراً بتخییره، فالصّحیح أن یقال: الأصل عدم براءه ذمّه الضامن إلّابدفع ما یستحقّه المالک، وهو یحصل بإحضار القیمه والمثل لدیه.

وأمّا التمسّک بقاعده الید، بتقریب: إن العین وإنْ تلفت خارجاً لکنّها ثابته علی ذمّه الضّامن اعتباراً، فذمّته مشغوله بها، فلو دفع أحد الأمرین - من المثل والقیمه - یقع الشکّ فی الفراغ، فعلیه أنْ یدفع إلی المالک خصوص ما یختاره.

ففیه: إنّ الیقین بالفراغ یحصل بإحضارهما لدی المالک علی ما تقدّم.

وقد قرّب شیخنا الاستاذ تخییر المالک. ثم أجاب عنه قائلاً:

إنّ الکلام فی إجراء الأصل بالإضافه إلی ما اشتغلت به الذمّه من المثل

بالخصوص أو القيمه بخصوصـها، وأمّا ما يرضـى به المالک بدلاً عن البدل فهو قد يکون القيمه فی المثلی مثلًا، وقد يکون شـيئاً آخر غير المثل والقيمه ممّا لا ينضبط تحت ضابطٍ ولا تعيينه محلّ الکلام.

ومن الواضح أن دفعهما معاً مسـتلزم لأداء ما فی الذمّه، سواء رضـى المالک بأحدهما بالخصوص أمْ لا، فلا يتوقف القطع بالبراءه بدفع ما يختاره المالک، ونسبه الأصل إلى کليهما على حدٍّ سواء» (١).

وأقول: إنّه لابـدّ من تقييـد رضا المالک برضا الضّامن حتى ينـدفع الإشـکال بأنه إذا کان الملاک رضا المالک، فقـد لا يحصـل رضـاه إلّابـدفع کلا الشـيئين أو شـیء آخر غيرهما. ولکنْ إذا قيـد رضاه برضا الضامن رجع الأمر إلى التصالـح، وهـذا خارج عن البحث.

بل التحقيق فی الجواب هو ما ذکرناه من حصول اليقين بالفراغ بإحضار الشيئين لدى المالک، على ما تقدّم.

وبالجمله، ليس طريق تحصيل براءه ذمّه الضّامن منحصراً بتخيير المالک... فالقول به ساقط کذلک.

القول بضمان المثل

وأمّـا القول بأصاله الضّـمان بالمثل قال الشـيخ: لأنه أقرب إلى التالف من حيث الماليّه والصـفات . فلنقـدّم قبل الورود فی البحث عنه مقدّمهً، وهی:

إنّ الشبهات المصداقيّه على أقسام:

ص:٣١۶

١- ١) حاشيه المکاسب ١ / ٣۶٠

منها: أنْ يكون المفهوم بيّناً والشّك فی المصـداق، كأن يقول أكرم العالم ويشك فی أن زيداً مصداقٌ لعنوان «العالم» أوْ لا. فهنا لا يجوز إكرام زيـداً تمسّـكاً بعموم العام، وكـذا لو كان عنـدنا عام بيّن وخاصّ بيّن، فشك فی أنه مصـداق للعام أو الخاص، فلا يجوز التمسّک بالعام، إذ ليس التخصـيص إلّاأن يكون الباقی تحت العام مقيّداً بكونه غير المخصّـِص، لأن حيثيّه الغيريّه هذه قيدٌ للباقی تحت العام برهاناً، إذ لا يعقل كونه مهملاً.

ومنهـا: أن يكون المخصّـِص للعـام مفهوماً مجملاً، وتسـمّی بالشـبهه المفهوميّه، كأن يقول: كلّ مكلّف يجب عليه التمام، فأخرج المخصّـِص المسافر وكان مجملاً لتردّده بين من سافر بريـداً أو بريـدين، والقدر المتيقن هو من سافر بريدين ويبقی المسافر بريداً تحت العـام، أو قـال: أكرم النـاس إلّـا الفـاسق، وتردّد الفـاسق بين خصوص مرتكب الكبيره أو الأعمّ منها ومن الصـغيره، والقـدر المتيقن هو مرتكب الكبيره وفی غيره يتمسّـک بالعـام، وهكـذا فی موارد كون المخصّـِص لبيّـاً، فـإن الخـارج من تحت العام هو القدر المتيقّن ويتمسّک بالعام فيما زاد عليه.

وبعد هذه المقدمه نقول:

يمكن تقريب ضمان المثل بوجوه:

بأن يقال: إن الضـمان بمعنی الكفاله، والكفيل عباره عمّن يكون ملتزماً بإرجاع الشـیء إلی محلّه أو صاحبه، ولو تلف وهو كفيلٌ وجب عليه إرجاع مثله لأنه بمنزله إرجاع نفسه وكأنه لم يتلف.

أو يقال: إن ضمان الشیء فی المثلی بالمثل وفی القيميّات بالقيمه أو

المثـل، فلو تلف الشـیء وتردّد بین کونه مثلیّاً أو قیمیّاً، کان أمر الضامن مردداً بین التعیین والتخییر، ومقتضـی الأصل هو التعیین، فعلیه دفع المثل إلّاما خرج بالدلیل.

وبعباره اخری: إن مقتضـی القاعده فی الضـمان دفع المثل، وقد جوّز الشارع من باب الإرفاق فی القیمیّات دفع القیمه أیضاً، وإذا شـک فی اشـتغال ذمّته بالمثـل أو القیمه فـدفع القیمه، کـان مقتضـی الاستصـحاب بقـاء الاشـتغال، فیتعیّن دفع المثـل حتی یتیقّن بالفراغ.

أو یقال: إنّ أخـذ قوله صـلّی اللّه علیه وآله: «علی الید ما أخذت حتی تؤدّی» کنایهً عن أنه إذا تلف ما أخذت الید فعلیه خسارته – کما هو الظاهر عند الشـیخ – خلاف الظاهر منه، وحمل الکلام علیه خلاف أصاله الحقیقه، لأن مقتضاها هو أنّ المأخوذ بنفسـه علی عهـده الآخـذ إلی أنْ یـؤدّیه، ولـذا نقول ببقـاء الشـیء علی عهـدته لو تعـاقبت الأیـدی علیه، لأـن المخرج عن العهـده لیس إلّاالأداء إلی المالک.

ثم إنّ للشـیء المأخوذ خصوصـیّاتٍ، هی خصوصـیّه الشخصـیّه والصـنفیّه والنوعیّه، وصـفاتٍ یرغب فیها المالک وتؤثّر فی مالیّته عنده، فکان مقتضـی الحدیث اسـتقرار جمیع الخصوصیات علی ذمّه الضامن، وعلیه أنْ یؤدّی الشیء بجمیع خصوصیّاته وصفاته، وحینئـذٍ فلو تلـف الشـیء المـأخوذ سـقطت خصوصـیّته الشخصـیّه ولاـ مصـحّح لاعتبـار بقائهـا علی عهـده الضّـامن، لکنّ سـائر الخصوصیّات باقیه علی العهده، فهو لا یخرج عنها إلّابأدائها، والمثل هو الواجد لها، فیجب علیه دفع المثل.

نعم، قام الإجماع فی القیمیّات علی دفع القیمه، وبه ترفع الید عن

مقتضى القاعده، لكنّ القدر المتيقّن من الإجماع ما كان بيّن القيميّه، أمّا المشكوك فى مثليّته أو قيميّته فباقٍ تحت القاعده، لما ذكرناه فى المقدّمه.

هذا غايه ما يمكن أن يقال فى تقريب هذا القول بوجوهه الثلاثه.

ولكنّ الكلام كلّه فى قاعده اليد، وبعد عدم تماميّه سند الحديث لا حاجه إلى البحث عن دلالته، ولا مجال للقول بأنّ ضعفه مجبور بعمل الأصحاب.

وبذلك يسقط التقريب الثالث.

وأمّا التقريب الثانى، ففيه:

أوّلًا: لا دليل على دعوى الإرفاق فى القيميّات حتى يتمّ التخيير.

وثانياً: لو سلّمنا التخيير فى القيميات، فِلمَ لا يكون من باب التخيير بين الكلّى وفرده، حتى يكون من قبيل الأقل والأكثر فتنفى خصوصيّه الفرد بالأصل وهى المثليّه؟

وأمّا التقريب الأوّل، فالجواب عنه: إنّ المخاطب فى روايات الضّمان الكثيره جدّاً والمختلفه مورداً - إذ قسم منها فى تلف القيمى، وقسمٌ فى الدراهم، وقسمٌ منها جاء بعنوان «الثمن» - هو العرف، وقد اوكل فهمها إليه، وأهل العرف لا يفهمون الدّقائق المشتمل عليها هذا التّقريب.

فالقول بأصاله الضمان بالمثل لا دليل عليه.

القول بضمان القيمه

وأمّا القول بأصاله الضمان بالقيمه، بتقريب: أن المراد من «الضّمان» هو ضمان «الماليّه» ولا دخل للخصوصيّات فيه، وإنّما هى محقّقه للماليّه

ولا موضوعیّه لها فی الضّمان، فالواجب أداء المالیّه ودفع القیمه، ولو فرض احتمال وجوب دفع خصوص المثل اندفع بالأصل.

فلاـ یمکن المساعده علیه أیضاً، لأن المناط فی القیمیّات هو القیمه السّوقیّه، وهی عباره عن الدرهم والدینار، لا المالیه المطلقه فی ضمن أی شیء کانت، وعلیه، فإذا دار الأمر بین المثل والقیمه، کان من الدوران بین المتباینین، فلا مجال للقول بأن الأصل فی الضمان القیمه.

القول بالقرعه

وأمّا القول بالرجوع إلی القرعه، لکونها لکلّ أمرٍ مجهولٍ، والمضمون به فیما نحن فیه مجهول.

فقد اشکل علیه:

أوّلاًـ: بورود التّخصیصات الکثیره علی عمومات القرعه وذلک موجب لوهنها، لأنّ إراده العموم جدّاً لاـ تجتمع مع کثره التخصیص.

وثانیاً: إنّ مجری القرعه هو الشبهه الموضوعیّه المحضه، فلاـ تعمّ أدلّتها الشبهه المفهومیّه والموضوعیّه الناشئه عن الشبهه الحکمیّه.

وکلاهما مردودان:

أمّا الأوّل، فلأنه فی کلّ موردٍ لم تطبّق فیه القرعه توجد أماره أو أصلٌ فخرج له عن المجهولیّه، فلا یبقی موضوع للقرعه، فخروج تلک الموارد کلّها تخصّصی لا تخصیصی.

وأمّا الثانی، ففیه:

أوّلاً: ربما یکون الشک فی المثلیّه والقیمیّه فی الشّبهه الموضوعیّه

المحضه، فقد يتلف الشيء والضامن والمالك يجهلان أنه مثلى أو قيمىّ، فالحنطه مثليّه والحيوان قيمىّ، والعلم الإجمالى قائم بتلف أحدهما، فالشبهه موضوعيه محضه.

وثانياً: قد ذكرنا سابقاً أنه لم يرد لفظ «المثل» و«المثلى» فى نصوص الضمان، حتّى يقع الشك فى مفهومها، بل الوارد هو «الضمان» بشمتقّاته، ومعناه عرفاً هو دفع المثل فى المثليّات والقيمه فى القيميّات، فوقع الشك فى أنّ العرف هل يضمّنون بالمثل أو بالقيمه فيما لو جهل بكون التالف من هذا أو ذاك؟ وهذه شبهه موضوعيّه.

وثالثاً: إنّ العبره بعموم العام لا بخصوص المورد، فإذا كان مورد أدلّه القرعه هو الشبهه الموضوعيّه، فإنّه لا يخصّص عمومها.

والحق فى الإشكال هو:

إنّ أدلّه القرعه موضوعها مجهوليّه عنوان الشيء الخارجى كما فى قطيعه الغنم مثلاً حيث يكون الفرد الحرام بينها مجهولاً، أمّا فيما نحن فيه فلا ربط للأمر بالخارج، وإنما يريد الضامن أنْ يعلم ماذا يجب عليه أنْ يؤدّى، وإجراء القرعه لتعيين ما فى الذمّه غلط. هذا أوّلاً.

وثانياً: إن موضوع القرعه هو الأمر المجهول، أى: أنْ لا يكون هناك سبيل إلى معرفه الوظيفه الشرعيّه، ومع التمكن من معرفتها لا تصل النوبه إلى القرعه، وأصاله الاشتغال – فيما نحن فيه – تعيّن الوظيفه، إذ مقتضاها هو الجمع بين المثل والقيمه فى الأداء، وأمّا عدم جواز أخذ المالك لكليهما فهو أمر آخر.

القول المختار

فالمختار:

إذا دار الأمر بين كون التّالف قيميّاً أو مثليّاً - والمراد من القيمه الـدرهم والدينار كما تقدّم - كان من دوران الأمر بين المتباينين، ومقتضـى أصاله الاشـتغال هو تحصـيل البراءه اليقينيه، وذلك يكون بإحضارهما معاً عنـد المالك والتخليه بينه وبينهما، فإذا فعل ذلك برأت ذمته قطعاً، غير أنّه لمّا كان المالك غير مسـتحقٍّ لأحدهما، فإنْ تصالحا بشـكلٍ من الأشـكال فهو، وإنْ تخاصما، بأن منع كـلٌّ منهمـا الآـخر عن التصـرّف فى ملكه، رجعـا إلى الحـاكم، وإذ لا دليل على الصّـلح القهرى فالحاكم يقرع بينهما وترتفع الخصومه.

وأمّـا احتمال التنصـيف بحكم الحاكم، نظير درهم الودعى، فبـديهى الفساد، لأنّ الحكم بالتنصـيف فى الـدرهم، إمّا هو من جهه كون الباقى مشتركاً بالإشاعه، وذلك مقتضـى التنصـيف، وإمّا من جهه أنّه مقتضـى العدل. أمّا حيث يكون هناك مالان أحدهما ملك لهذا والآخر ملك لذاك فلا وجه للتنصيف أصلاً.

عودٌ إلى كلمات الشيخ

قال:

نعم، يمكن أن يقال - بعد عدم الدليل لترجيح الأقوال والإجماع على عدم تخيير المالك - التخيير فى الأداء.

من جهه دوران الأـمر بين المحـذورين أعنى: تعيّن المثـل بحيث لاـ يكون للمالك مطالبه القيمه ولا للضامن الامتناع، وبين تعيين القيمه كذلك، فلا متيقّن فى

البين ولا يمكن البراءه اليقينيّه عند التشاح، فهو من باب تخيير المجتهد فى الفتوى.

فتأمّل.

أقول:

يمكن تقريب تنظيره للمقام بتخيير المجتهـد فى الفتوى: بأن المجتهد لمّا كان يرى وجوب العمل بخبر الواحد، فإذا وقع التعارض بين الخبرين، أحـدهما يـأمر والآـخر ينهى، يعلم بوجوب العمـل بأحـدهما ولا يمكن الجمع بينهما، فيـدور أمره بين المحـذورين فيتخيّر، كذلك ما نحن فيه.

وأمّا أمره بالتأمّل، فهو إشاره إلى أنّ دوران أمر المجتهد بين المحذورين يبتنى على أن تكون حجيّه خبر الواحد من باب السببيّه، يعنى: إنّه تحـدث بقيـام الخبر مصـلحه تكون السّـبب لوجوب العمل، فإذا وقع التعارض ولا يمكنه الأخـذ بكليهما حكم بالتخيير. لكنّ المبنى غير صـحيح، بـل حجيّه الخبر من بـاب الطّريقيّه، وعليه، فلا موضوع للـدوران بين المحـذورين، لأن مقتضـى الأصـل الأوّلى هو التساقط، ولو قلنا بالتخيير فهو من أجل النصّ لا لدوران الأمر بين المحذورين.

بل، ليس التخيير من أجل ذلك حتّى على القول بالسببيّه، لأن معنى السببيّه هو حدوث المصلحه الملزمه للعمل، فإذا وقع التزاحم بقيام الخبرين بين المصلحتين كان القول بالتخيير هو مقتضى القاعده الأوليّه بين المصلحتين المتزاحمين.

هـذا، ويحتمـل أنْ يكون المراد من قوله «من بـاب تخيير المجتهـد فى الفتوى» أن المجتهـد يفتى بالتخيير، فيكون الأمر بالتأمل - على هذا الإحتمال -

ص:٣٢٣

إشـارهً إلى أن فتوى المجتهـد بـالتخيير فيمـا نحن فيه لا مورد له، لأنّه لا دليل على وجوب دفع المثل ولا القيمه على وجه التعيين حتى يـدور الأـمر بين المحـذورين، بـل إن الواجب عليه أحـدهما، وتتحقق البراءه اليقينيّه بإحضار كليهما لـدى المالك، على ما ذكرنا.

الاستدلال لضمان المثلى بالمثل والقيمى بالقيمه بآيه الاعتداء

قال:

وقـد اسـتدلّ فى المبسوط والخلاـف على ضـمان المثلى والقيمى بالقيمه بقوله تعالى: «فَمَنِ اعْتَـدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَـدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ» (۱) بتقريب: أن مماثل ما اعتدى هو المثل فى المثلى والقيمه فى غيره.

أقول

استدلّ الشّيخ بالآيه المباركه لضمان التالف المثلى بالمثل والقيمى بالقيمه... .

والاعتـداء هو التجـاوز عن الحـدّ، و«البـاء» للمقـابله، كقوله تعالى: «وَ إِنْ عاقَبْتُمْ فَعاقِبُوا بِمِثْلِ...» (۲) وقوله: «وَ مَنْ عـاقَبَ بِمِثْـلِ ما عُوقِبَ...» (۳) وقوله:

«... بِمِثْـلِ هـذَا الْقُرْآنِ...» (۴) و«المثـل» قـال الشـيخ فى الخلاـف بعـد الآـيه: «المثـل مِثلان مثل من حيث الصّوره ومثل من حيث القيمه، فلما لم يكن للمنافع مثل

۱- ۱) سوره البقره: ۱۹۴

۲- ۲) سوره النحل: ۱۲۶

۳- ۳) سوره الحج: ۶۰

۴- ۴) سوره الاسراء: ۸۸

من حيث الصّوره وجب أن يلزمه من حيث القيمه...» (۱) وظاهر عبارته أن «ما» فی الآیه موصوله.

وتقريب الاستدلال: إن من تعدّى على شيء من أموالكم بالاستيلاء عليه، يجوز لكم التعدّى على أمواله، فإذا أتلف لكم شيئاً من الأموال جاز لكم الاستيلاء على ماله، إنْ كان مثليّاً فبالمثل، وإنْ كان قيميّاً فبالقيمه، لأن المثل مثلان كما ذكر.

المناقشات فی دلالتها

وفيه:

إنّ الأخـذ والاستيلاء ليس مماثلاً للإتلاف، إلّاأنْ يـدّعى انـدراجهما تحت جامعٍ انتزاعی هو الفصل بين المال ومالكه، وفيه ما لا يخفى. هذا أولاً.

وثانيـاً: الوارد فی الآـيه هو «المثل» بقول «مطلق» وهو ظاهر فی المماثله من جميع الجهات، والمثليّه فی القيميّات من وجهٍ، فكيف يتم الاستدلال؟

وثالثـاً: إنّ الآيه المباركه متفرعه ب«الفاء» على الآيه السابقه عليها، قال تعالى: «الشَّهْرُ الْحَرامُ بِالشَّهْرِ الْحَرامِ وَ الْحُرُماتُ قِصاصٌ...» وهی ظاهره فی مقابله الاعتداء بالاعتداء، فهو قتال مماثل للقتال من حيث الزمان والمكان، أی:

فكما أنّهم لم يحافظوا على المحرمات الزمانيه والمكانيه، كذلك أنتم يجوز لكم ترك المحافظه عليها.

وبعباره اخرى: هذا التفريع يشهد بكون «ما» مصدريّه أی: فاعتدوا عليه

۱- ۱) كتاب الخلاف ۳ / ۴۰۲

بمثل اعتـداءه، وليست موصوله على أنْ يكون الرابط محـذوفاً، أى: بمثل الـذى اعتـدى به عليكم، وإذا كانت مصدريه فما معنى «البـاء» فى «بمثـل»؟...، ويشـهد بـذلك مـا سـبق عليها من قوله تعالى «وَ لا تُقاتِلُوهُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرامِ حَتّى يُقاتِلُوكُمْ فِيهِ فَإِنْ قاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ...» وأيضاً الخبر:

«عن معاويه بن عمار قال سألت أبا عبداللّه عليه السلام رجلٍ قتل رجلًا فى الحلّ ثم دخل الحرم... قلت: فما تقول فى رجلٍ...».

ورابعاً: لو تنزّلنا، فلا أقل من تردّدها بين المصدريه والموصوله.

وخامساً: وعلى فرض كونها موصوله، فإنها تعمّ العمل، فيكون المعنى:

الاعتداء بمثل الذى صدر من المشركين من الاعتداء، فلا دلاله على الضّمان.

قال الشيخ:

وربما يناقش فى الآيه... وفيه نظر.

أقول:

قال السيّد:

قال فى الحاشيه: لأن ظاهرها اعتبار المماثله فى الاعتداء والمعتدى به.

قلت: هو كذلك (۱).

وهو يؤيّد ما ذكرناه أخيراً.

وتلخّص سقوط الاستدلال بالآيه للمقام.

قال الشيخ:

نعم، الانصاف عدم وفاء الآيه - كالدليل السابق عليها - بالقول المشهور...

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۴۷۳

فتبيّن أن النسبه بين مذهب المشهور ومقتضى العرف والآيه عموم من وجهٍ... .

أقول:

ذكر فى مادّه الافتراق من طرف المشهور: أنه قد يضمّن بالمثل بمقتضى الدليلين، ولا يضمّن به عند المشهور كما فى المثالين:

الأوّل: لو أتلف ذراعاً من كرباس طوله عشرون ذراعاً متساويه من جميع الجهات. فإنّ مقتضى العرف والآيه إلزام الضّامن بتحصيل ذراعٍ آخر من ذلك ولو بأضعاف قيمته ودفعه إلى مالك الذراع المتلف، مع أنّ القائل بقيميّه الثوب لا يقول به.

وربما يشكل عليه، بأنّه إذا كان مقتضى الدليلين تحصيل المماثل من جميع الجهات، فإنّ تحصيله بأضعاف قيمته تحصيلٌ لما يزيد على المثل.

ولكنّه غفله عن المقصود، لأنّ حيثيه الضمان غير حيثيه تحصيل المثل، فالذى استقرّ على الذمّه وحصل الضمان به هو مقدار ماليّه التّالف، وأمّا دفع أضعاف القيمه فلتحصيل المثل الواجب دفعه، وسيأتى توضيح هذا المطلب فيما بعد.

والثانى: لو أتلف عليه عبداً وله فى ذمّه المالك بسبب القرض أو السلم بعد موصوف بصفات التالف، فإنهم لا يحكمون بالتهاتر المعنوى كما يشهد ملاحظ كلماتهم فى بيع عبدٍ من عبدين.

نعم، ذهب جماعه - منهم الشهيدان فى الدروس والمسالك إلى جواز ردّ العين المقترضه إذا كانت قيميّه، لكنْ لعلّه من جهه صدق أداء القرض بأداء العين، لا من جهه ضمان القيمى بالمثل... .

ص:٣٢٧

أقول:

هكـذا قـال، وليته لم يقله، لأنّ أداء العين المقترضه إما هو من جهه جواز عقـد القرض من طرف المقترض - وإنْ كان لازماً من طرف المقرض - فـإذا أدّاهـا كـان فسـخاً للعقـد عملاًـ أو لاشـتغال الـذمّه فى خصـوص قرض القيميّ بالأـعمّ من طـبيعى المـال المقترض والقيمه، وحينئذٍ، يمكنه ردّ العين لكونها من مصاديق الكلّى الطبيعى، أمّا لو كان اشتغال الذمّه بالقيمه فلا يصحّ قوله:

«لعلّه من جهه صدق...» لأنّ ردّ العين ليس بأداء للقيمه، لكونهما متباينين، فلا يتحقّق أداء القرض.

فالدليل لما ذهب إليه الجماعه هو أحد الوجهين اللذين ذكرناهما، لا ما ذكره الشيخ رحمه اللّه.

هذا إذا كان للتالف مماثل.

قال الشيخ:

وأمّا مع عدم وجود المثل للقيمى التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمّه بالتعذّر... ولا يقولون به.

أى: يقولون بأنّ عليه أداء قيمه يوم التلف.

هذا كلّه فى بيان مادّه الافتراق فى القيميّات.

وأمّا مادّه الافتراق فى المثليّات. قال الشيخ:

وأيضاً:، فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمه نقصاناً فاحشاً، فمقتضـى ذلك عـدم جواز إلزام المالك بالمثل... مع أنّ المشهور كما يظهر من بعضٍ إلزامه به وإنْ قوّى خلافه بعض، بل ربما احتمل جواز دفع المثل ولو سقط المثل

عن القيمه بالكليّه، وإنْ كان الحق خلافه.

أقول:

إنّ مقتضى الدليلين اعتبار المماثله فى الماهيّه والماليّه، وما نقصت قيمته ليس مماثلًا للتالف، فلا يخرج الضامن عن العهده بأدائه، لكنّ المشهور لا- يقولون باعتبار المماثله من جميع الجهات، فيكفى للخروج عن الضمان دفع ما نقص قيمته، بل ربما احتمل بعضهم دفع المثل ولو سقط عن القيمه بالكليّه.

وبالجمله، إن مقتضى الدليلين هو المثل بقولٍ مطلق، لكنّ المشهور القائلين بأنّ المثلى يضمن بمثله يريدون المثليّه فى الجمله، بل بعضهم يحتمل كفايه المثل وإنْ سقط عن القيمه.

وأشكل السيّد (1) قدس سرّه بما ملخّصه:

إن المثل فى الآيه المباركه ما يكون مماثلاً فى الصّوره والماهيّه، وأمّا جهه الماليّه فليست دخيلةً فى المثليّه، ولذا لو كانت العين المأخوذه بالعقد الفاسد موجودةً وجب عليه ردّها وإنْ نقصت ماليّتها.

وهذا منه عجيبٌ جدّاً!!

لأنّ الإعتداء الواقع لم يكن بالنسبه إلى العين بوحدها بل بالنسبه إلى ماليّتها أيضاً، فالمعتدى ضامنٌ لكليهما، وأمّا فى المأخوذ بالعقد الفاسد - مثلاً- - مع بقاء عينه، فإنّ العين تردّ، لأنه ردٌّ للملك سواء نقصت قيمته أو سقطت. فكم فرق بين مفاد الآيه المباركه والمثال الذى ذكره؟

ص:۳۲۹

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۴۷۴

بـل يمكن أنْ يقـال فى صوره بقـاء العين - إذا كان نقصان قيمتها على أثر إمساكه العـدوانى - بالضـمان كـذلك، لما تقـدّم أنّ إتلاف الماليّه موجبٌ للضّمان.

فظهر سقوط الإشكال بوجهين.

قال الشيخ:

ثم إنّ الإجمـاع على ضـمان القيمى بـالقيمه على تقـدير تحقّقه، لا يجـدى بالنسـبه إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميّاً، ففى موارد الشـک يجب الرجوع إلى المثـل بمقتضـى الـدليل السّـابق وعموم الآـيه، بنـاءً على مـا هو الحق المحقّق من أن العـام المخصّـص بالمجمل مفهوماً المردّد بين الأقل والأكثر لا يخرج عن الحجيّه بالنسبه إلى موارد الشک.

أقول:

لقـد كـان الأـولى أنْ يقول: بأنه لا يوجـد فى المقام مفهومٌ مخصّـص لعموم العام، بل هناک موارد قام الإجماع فيها على القيميه كالحيوان فيكون الإجماع مخصّصاً لعموم الآيه المعتبره للمثليّه، وأمّا فيما عداها فلا مخصّص، والمحكّم هو العموم.

وبعباره اخرى: لا يوجد فى غير موارد الإجماع مخصّص، لا أنه موجود وهو مردّد بين الأقلّ والأكثر.

حاصل الكلام فى المقام

قال:

فحاصل الكلام: إن ما اجمع على كونه مثليّاً يضمن بالمثل مع مراعاه

الصفات... مضافاً إلى الخبر الوارد فى أنّ الثابت فى ذمّه من اقترض دراهم وأسقطه السّلطان وروّج غيرها، هى الدراهم الاولى.

وما اجمع على كونه قيميّاً يضمن بالقيمه بناءً على ما سيجئ من الاتفاق على ذلك وإنْ وجد مثله... .

أقول:

نصّ الروايه: عن يونس قال: «كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام:

إنه كان لى على رجلٍ عشره آلاف دراهم، وأن السّلطان أسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم أعلى من الدراهم الاولى، ولها اليوم وضيعه، فأىّ شىء لى عليه، الأُولى التى أسقطها السلطان أو الدراهم التى أجازها السلطان؟

فكتب: لك الدّراهم الاولى» (۱).

وعن العباس بن صفوان قال: «سأله معاويه بن سعيد عن رجلٍ استقرض دراهم عن رجل، وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ولا يباع بها شىء، ألصاحب الدراهم الدراهم الأولى أو الجائزه التى تجوز بين الناس؟

فقال: لصاحب الدراهم الدراهم الاولى» (۲).

وأمر الشيخ بالتأمّل (۳)، لعلّه إشاره إلى روايهٍ اخرى فى مقابلهما، وهى:

عن يونس قال: «كتبت إلى الرّضا عليه السلام: إن لى على رجل ثلاثه آلاف درهم، وكانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الأيام، وليست تنفق اليوم، فلى عليه تلك الدراهم بأعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس؟

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸ / ۲۰۶، الباب ۲۰ من أبواب الصرف، الرّقم: ۲

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸ / ۲۰۷ الباب ۲۰ من أبواب الصرف، الرّقم: ۴

۳- ۳) وهذا التأمّل موجود فى بعض النسخ دون بعض

فكتب إلى: لك أنْ تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما أعطيته ما ينفق بين الناس» (۱).

فيقع التعارض.

وما فى الحدائق (۲) من تضعيف بعض الأصحاب لهذه الروايه، فالظاهر أنه بالنظر إلى طريق الشيخ (۳)، لسهل بن زياد الضعيف على المشهور، ولكنها فى الكافى (۴) صحيحه بلا كلام.

ولكنْ قد يجاب عنها - كما فى الجواهر - بقصورها عن المقاومه (۵).

ولعلّه لإعراض المشهور عنها.

إلّا أنا نحتمل إمكان الجمع بينهما - وإنْ لم يقل به أحد - بأنّ الوارد فى ذاك الخبر «عشره دراهم» وفى هذا «ثلاثه آلاف»، ولمّا كان التفاوت فى العشره قليلاً، فقد أهمله الإمام عليه السلام، وأمّا الخساره المترتّبه فى الثلاثه آلاف فلا يصلح إهمالها.

قال:

وما شك فى كونه قيميّاً أو مثليّاً يُلحق بالمثلى مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع والتالف، ومع الإختلاف الحق بالقيمى. فتأمّل.

ص:۳۳۲

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸ / ۲۰۶، الباب ۲۰ من أبواب الصرف، الرّقم: ۱

۲- ۲) الحدائق الناضره ۲۰ / ۱۴۴

۳- ۳) تهذيب الأحكام ۷ / ۱۱۷

۴- ۴) الكافى ۵ / ۲۵۲

۵- ۵) جواهر الكلام ۲۵ / ۶۶

أقول:

فصّـِل فی مـا لـم یقـم الإجمـاع علی قیمیّته أو مثلیّته وتردّد بینهمـا، بـأنّه مع عـدم اختلاـف قیمتی المـدفوع والتالف یلحق بالمثلی، وذلـک، لمـا ذکره من أنّ المخصّـِص إنْ کـان مجملاًـ مفهومـاً، مردّداً بین الأقـلّ والأـکثر، تقـدَّم علی العـامّ فی القـدر المـتیقّن، ویتمسّـِک به فیمـا زاد عنه، وهنـا کـذلک، لأـنّ العموم المسـتفاد من الآـیه المبـارکه هو أنّ کـلّ تالف یضـمن بمثله، وقـد خصّ بالقیمیّ، لکنّ مفهومه مردّد، فما قام الإجماع علی قیمیّته یخرج عن العام، وما لم یقم فهو باقٍ تحته.

وأمّا مع الاختلاف، فیلحق بالقیمی، ولا یتمسّک بالعام، لما تقـدّم من أن مقتضـی الدلیلین اعتبار المماثله من جمیع الجهات، فمع الاختلاف فی القیمه تنتفی المثلیّه ولا وجه للتمسّک بالعام، وحینئذٍ، فإنّ الوجدان العقلی للمالک یقتضی أن یرضی بالقیمه، وإذا دفعها الضامن تیقّن بفراغ ذمّته.

هذا غایه ما یمکن أنْ یقال بشرح کلامه.

ولکنْ یرد علیه فیمـا لو لم یرضَ الضـامن بـذلک، وحصـل الترافع بینهمـا، فمـا الـدلیل علی الإلحاق بالقیمی؟ بل یرجع الأمر إلی الحاکم.

فالحق أن یقال بالإلحاق بالقیمی برضاهما.

وتلخّص: إن الآیه المبارکه فی مقام إفاده جواز المقابله بالمثل، ولا دلاله فیها علی الضّمان أصلاً.

ولو سـلَّمنا دلالتها علی وجوب التدارک فی صوره الإتلاف، لکنَّ معنی کلمه «المثل» فی العرف عباره عمّا یماثل الشیء وجوداً، فإذا توفّرت فیه

الخصوصیّات الوجودیه صدق علیه عنوان «المثل»، والمالیّه أمر اعتباری عقلائی، ولا علاقه له بمفهوم الکلمه.

الاستدلال بالنصوص

وأمّا إطلاقات الضّمان، وهی کثیره جدّاً، کقوله علیه السّلام فی العاریه:

«المستعیر ضامن» (1).

وقوله علیه السلام فی الودیعه وضعها فی دار جاره فضاعت:

«هو ضامن لها».

وقوله فی الدّابه اکتراها:

«إن جاز الشرط فهو ضامن،... وإنْ سقطت فی بئر فهو ضامن».

وقوله فی القصّار... .

«کلّ أجیرٍ یعطی... فهو ضامن».

وقوله فی النجّار:

«فضمّنه أمیر المؤمنین».

ومن النصوص فی ذلک:

عن داود بن سرحان عن أبی عبداللّه علیه السّلام: «فی رجل حمل متاعاً علی رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انکسر منه شیء فهو ضامن» (2).

عن سلیمان بن خالد عن أبی عبداللّه علیه السّلام قال: «إذا رهنت عبداً

۱- ۱) تقدمت هذه النصوص سابقاً

۲- ۲) وسائل الشیعه ۱۹ / ۱۵۲، الباب ۳۰ من أبواب الإجاره، الرّقم: ۱۱

أو دابّهً فمات فلا شیء علیک، وإن هتک الدابه أو أبق الغلام فأنت ضامن» (۱).

عن عبداللّه بن سنان عن أبی عبداللّه علیه السّلام وعن الحسین بن خالد عن أبی الحسن الرّضا علیه السّلام وعن صباح الحذاء وعن إسحاق بن عمّار عن أبی إبراهیم موسی علیه السّلام: «فی الرّجل یأتی البهیمه فقالوا جمیعاً: إن کانت البهیمه للفاعل ذبحت، فإذا ماتت أحرقت بالنّار ولم ینتفع بها، وضرب هو خمسه وعشرین سوطاً ربع حدّ الزّانی، وإن لم تکن البهیمه له قوّمت وأخذ ثمنها منه ودفع إلی صاحبها وذبحت وأحرقت بالنّار ولم ینتفع بها وضرب خمسه وعشرین سوطاً، فقلت: وما ذنب البهیمه؟ فقال: لا ذنب لها، ولکن رسول اللّه صلّی اللّه علیه وآله فعل هذا وأمر به، لکیلا یجتزئ الناس بالبهائم وینقطع النّسل» (۲).

عن الحلبی، عن أبی عبداللّه علیه السّلام قال: «سألته عن المملوک بین شرکاء فیعتق أحدهم نصیبه فقال: إنّ ذلک فساد علی أصحابه (فلا یستطیعون) بیعه ولا مؤاجرته فقال: یقوّم قیمه فیجعل علی الذی أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلک علیه لما أفسده» (۳).

عن أبی ولّاد عن أبی عبداللّه علیه السلام: «قیمه بغلٍ یوم خالفته» (۴).

علی بن جعفر فی کتابه عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السّلام قال:

«سألته عن بختی مغتلم قتل رجلاً فقام أخو المقتول فعقر البختی وقتله، ما

۱- ۱) وسائل الشیعه ۱۸ / ۳۸۸، الباب ۵ من أبواب الرهن، الرّقم: ۸

۲- ۲) وسائل الشیعه ۲۸ / ۳۵۷، الباب ۱ من أبواب نکاح البهائم...، الرّقم: ۱

۳- ۳) وسائل الشیعه ۲۳ / ۳۶، الباب ۱۸ من أبواب العتق، الرّقم: ۱

۴- ۴) وسائل الشیعه ۱۹ / ۱۱۹، وسیأتی نصّه الکامل فی موضعه من الکتاب

حاله؟ قال: على صاحب البختى ديه المقتول، ولصاحب البختى ثمنه على الذى عقر بختيه» (۱).

عن السكونى عن أبى عبداللّه عليه السّلام: «إنّ أمير المؤمنين عليه السّلام سئل عن سفره وجدت فى الطريق مطروحه كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السّلام: يقوّم ما فيها ثمّ يؤكل لأنّه يفسد وليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرموا له الثمن، فقيل: يا أمير المؤمنين، لا يدرى سفره مسلم أو سفره مجوسى؟ فقال: هم فى سعه حتّى يعلموا» (۲).

ثم إنّ الماليّه على أنحاء:

منها: أن يكون الشيء فى ذاته ثميناً كالجواهر.

ومنها: أن تكون الماليّه بحسب القلّه والندره، كالفاكهه فى بدايه موسمها.

ومنها: أنْ يكون تفاوت الماليه بحسب الزّمان، كالملابس الشتويّه، فإنها فى فصل الشتاء أغلى منها فى فصل الصيف، وكذا بالعكس.

ومنها: أنْ تكون متفاوته بحسب البلاد، فيكون الثوب مثلاً فى مكانٍ أغلى منه فى غيره.

ومنها: أنْ يكون بحسب كونه جديداً أو عتيقاً.

ومنها: أنْ يكون بحسب الجوده وعدمها.

۱- ۱) وسائل الشيعه ۲۹ / ۲۵۱، الباب ۱۴ من أبواب موجبات الضمان، الرّقم: ۴

۲- ۲) وسائل الشيعه ۲۵ / ۴۶۸، الباب ۲۳ من أبواب اللقطه، الرّقم: ۱

فلتفاوت القيم أنحاء كثيره... وعلى الضّامن تـدارك الخساره، ويدلّ إجماعهم على أنّ المثلى بالمثل على وجوب تدارك الماليه فى ضمن المثل، والمثلى ما كان له ما يساويه فى الإندراج تحت جامع واحدٍ ويساويه فى الماليّه ويكون له الغلبه فى الوجود.

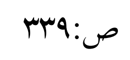
وأمّا إذا لم يكن للشيء مثل أو كان نادر الوجود، فالمتفاهم عرفاً دفع الثمن، وهو المتمحّض فى الماليّه، وهو الدرهم والدينار.

وأمّا لو وجد المماثل لكنّ القيمه متفاوته بحسب الزمان أو المكان، فالواجب دفع القيمه أو المثل مع تدارك التفاوت.

فهذا مقتضى أدلّه الضمان، وهى الدليل الوحيد على الوجوب، وهو موكول إلى نظر العرف، وليس نظره إلّاما ذكرناه(١).

ص:٣٣٧





السابع (۱)حکم ما لو لم یوجد المثل إلّابأکثر من ثمنه

اشاره

(۱)

قال الشیخ:

ذکر فی القواعد أنه لو لم یوجد المثل إلّابأکثر من ثمن المثل، ففی وجوب الشراء تردّد. انتهی.

أقول: کثره الثمن إنْ کانت لزیاده القیمه السّوقیّه للمثل... فالظاهر أنه لا إشکال فی وجوب الشّراء ولا خلاف... ووجهه: عموم النصّ والفتوی بوجوب المثل فی المثلی.

ویؤیّده: فحوی حکمهم بأنْ تنزل قیمه المثل حین الدفع عن یوم التلف لا یوجب الانتقال إلی القیمه، بل ربّما احتمل بعضهم ذلک مع سقوط المثل فی زمان الدفع عن المالیّه، کالماء علی الشاطئ والثلج فی الشتاء.

۱ – کثره الثمن بسبب زیاده القیمه السوقیّه

أقول:

لقد استدلّ الشیخ لوجوب الشّراء فی صوره زیاده القیمه السّوقیه – ولو بأضعاف قیمه التالف یوم تلفه – بوجهین:

الأوّل: الإجماع، قال الشیخ فی الخلاف: لو غصب ما له مثل، کالحبوب

۱- ۱) وهو الخامس فی کتاب المکاسب

والأدهان فعليه مثل ما تلف فی یده، یشتریه بأیّ ثمن کان، بلا خلاف (۱).

وفی المبسوط: یشتریه بأیّ ثمن کان إجماعاً (۲).

لکنّ معقد هذا الإجماع هو «الغصب» وبحثنا فی المأخوذ بالعقد الفاسد، فلا یتمّ الإستدلال به، إلّابالنظر إلی کلام ابن إدریس حیث قال فی المأخوذ بالعقد الفاسد: «إنه یجری مجری الغصب عند المحصّلین من أصحابنا» (۳).

والثانی: عموم النصّ والفتوی.

ثم أیّد ذلک بالأولویّه من حکمهم بدفع المثل فی صوره تنزّل القیمه، إذ الضابط هو المثلیّه، وإذا کانت المثلیّه مع التنزّل محفوظهً، فهی مع الزیاده محفوظه بالأولویّه، لأنّها فی هذه الصّوره موجوده مع زیادهٍ.

۲ – کثره الثمن بسبب عدم وجدانه إلّاعند من یعطیه بالأزید

اشاره

قال:

وأمّا إنْ کانت لأجل تعذّر المثل وعدم وجدانه إلّاعند من یعطیه بأزید ممّا یرغب فیه النّاس... فالظّاهر أنّ هذا هو المراد بعباره القواعد... ولکنّ الأقوی مع ذلک وجوب الشّراء... لعین ما ذکر فی الصّوره الاولی.

فذکر للقول بعدم الضمان فی هذه الصّوره وأنه ینتقل إلی القیمه وجهین:

۱– ۱) الخلاف ۳ / ۴۱۵

۲– ۲) المبسوط ۳ / ۱۰۳

۳– ۳) السرائر ۲ / ۲۸۵

أحدهما: إنّ الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم.

والثانى: إنّ الحكم بوجوب شراءه بأضعاف القيمه ضررى.

ثم حكم مع ذلك بوجوب الشراء، مستدلّاً بالإجماع وعموم النصّ والفتوى، فلا فرق بين الصّورتين.

النظر فى كلام الشيخ فى الصّورتين

أقول:

وفيما أفاده نظرٌ من جهات:

أمّا استدلاله بالإجماع فى الصّوره الاولى، ففيه:

أوّلًا: إنّ الإجماع فى المسائل الإجتهاديّه غير كاشف عن رأى المعصوم.

وثانياً: إن «لا خلاف» لا يصدق عليه «الإجماع».

وثالثاً: إنّ معقد إجماع الشيخ هو الغصب، وقد ذكرنا أنّ فى الأخذ بالبيع الفاسد أربعه وجوه، ولا يصدق الغصب إلّافى الرابع منها، وهو ما إذا كان البائع جاهلًا بالفساد والمشترى عالماً به؛ فدعوى الإجماع فى الغصب - لو تمّت - لا ربط لها بما نحن فيه على إطلاقه.

ورابعاً: إنه لو اريد تتميم الاستدلال بالإجماع بكلام ابن إدريس - كما سبق - .

ففيه - بعد تسليم أن قوله «عند المحصّلين» يجرى مجرى الإجماع - أنّ الإجماع دليل لبّى، والقدر المتيقن من هذه الدعوى هو: أن المأخوذ بالعقد الفاسد بمنزله المغصوب فى عدم جواز التصرّف.

وأمّا الاستدلال فيها بعموم النصّ والفتوى، ففيه:

أمّا الفتوى، فلا يستدلّ بها فى مسألهٍ من المسائل، كما لا يخفى.

وأمّا النصّ، فليس فى شىء من نصوص الضّمان تعرّض للمثل أصلاً، وتبقى الآيه المباركه «فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ» (۱)، وقد تكلّمنا عليها بالتفصيل، وحاصله عدم صحّه الاستدلال بها لضمان المثل أبداً.

وتلخص: عدم الدليل على ضمان المثل فى الصّوره الأولى.

وأمّا تأييد ذلك بالفحوى على ما ذكرنا فى تقريبه(۱)، ففيه:

إنه ليس الكلام فى صدق عنوان المماثله مع زياده القيمه السّوقيّه، إذ

۱- ۱) سوره البقره: ۱۹۴

لاـ ریب فی ذلک، بل هو فی أنه إذا زادت القیمه السّوقیّه للمثل، فهل یجب شراؤه أوْلا؟ وأی ربطٍ لحکمهم بجواز دفع الضّامن للمثل إذا تنزّلت قیمته وأنه لیس للمالک إلزامه بدفع التفاوت، بمسأله ما إذا زادت قیمته فی السّوق؟

إنه لا ربط لتلک المسأله بمسأله الزّیاده، فضلاً عن الأولویّه؟

والحاصل: إن جواز الإکتفاء بدفع المثل إذا نقصت قیمته مسألهٌ، ووجوب شراءه إذا زادت قیمته أو عدم وجوبه مسأله اخری.

فسقط التأیید کذلک.

لقد تقدّم منا أنّ المتّبع هو الفهم العرفی فی کلّ موردٍ أوکل الشارع فهم موضوع حکمه إلی العرف، وهذه الکبری منطبقه علی الرّوایات المتواتره فی الضمان بمشتقاته، لأنّه لم یرد فیها أیّ بیانٍ للمراد من «الضمان»، فکان المرتکز عند العرف من هذا اللّفظ هو المراد، وقد ذکرنا أنّ الضمان فی اللغه والعرف هو الکفاله، وعلیه، فالمتلف کفیل وعهدته مشغوله بإرجاع المتلَف إلی صاحبه، فإنْ کان له مثل وجب علیه دفعه، لإن إعطائه بمثابه إرجاع التالف، وإنْ لم یکن له مماثل، وجب دفع قیمته.

فقولهم: المثل فی المثلی والقیمه فی القیمی، متّخذ من الفهم العرفی للفظ الضمان الوارد فی النصوص والموکول فهمه إلی أهل العرف، وقد بیّنا معنی «المثل» و«القیمه» أیضاً.

وعلیه: فإنّ الواجب علی الضّامن حیث یتمکّن من «المثل» دفعه، سواء زادت قیمته أو نقصت، وهذا هو الصّحیح فی الاستدلال فی کلتا المسألتین.

فإنْ قلت: الحکم بوجوب شراء المثل بأضعاف قیمته یوم تلفه،

ضررى، فهو منفى بقاعده لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام.

قلت:

أوّلاً: إنه ينتقض بمورد نقصان القيمه، فإن تجويز دفع المثل فى هذه الحاله ضرر على المالک، فتنفيه القاعده.

وثانياً: إنّ قاعده نفى الضّرر بمنزله الشّارح للأحكام الأوّليه، والضّرر مانع عن ثبوت الحكم، أمّا إذا كان الضّرر هو المقتضى للحكم، فمثله لا يرتفع بالقاعده، ولذا يرتفع بها الوضوء الضررى ولا يرتفع بها الزّكاه والجهاد ونحوهما... وما نحن فيه من هذا القبيل لا من ذاک(۱).

ص:۳۴۶

وهذا كلّه فی الصّوره الاولی.

وأمّا فی الصّوره الثّانیه، ففی استدلاله - لوجوب الشراء کذلک - بالإجماع والعموم ما عرفت.

أمّا عدم جریان قاعده نفی الضرر هنا فی نظر الشّیخ، فقد قرّبه المحقق الخراسانی بقوله:

«وذلک، لأن ضرر الضامن فی الشراء بأزید من ثمنه، یزاحم بضرر المالک فی منعه عمّا یستحقّه من المثل، فیبقی ما دلّ علی الضمان بالمثل بلا مزاحم، وعدم العلم باستحقاقه للمثل شرعاً لا ینافی استحقاقه له عرفاً واعتباراً، وهو کاف فی صدق الضرر حقیقةً» (1).

وبعباره اخری: إنّ قوله صلّی اللّه علیه وآله: لا ضرر... حکم امتنانیٌّ لطبیعیّ الاُمّه الإسلامیّه، وترتب الضرر بسببه علی بعض أفراد الاُمّه خلاف الامتنان ومستلزم للتناقض، لأنّ الموجبه الجزئیه نقیض السّالبه الکلیّه، وفیما نحن فیه، جریان القاعده بالنّسبه إلی الضامن لیرتفع عنه وجوب الشّراء، یستلزم الضّرر علی البائع، وذلک مانع عن جریانها فی حقّ الضامن.

وربما یقال فی تقریب عدم اعتناء الشیخ بقاعده لا ضرر: بأن هذه

۱- ۱) حاشیه المکاسب: ۳۶

القاعده لا تشـمل ما نحن فيه، إذ لا ضرر فى نفس الشّراء، وإنما هو فى مقدّمته، أعنى بذل المال، وهو لا يسرى إلى ذى المقدّمه (۱).

والإنصاف عـدم تماميّه هـذا الوجه، لأنّ ارتفاع وجوب المقـدّمه يلازم ارتفاع وجوب ذى المقدّمه، والترخيص فيها ترخيص فيه، فإذا لم يجب بذل المال لم يجب الشراء لا محاله.

وبعباره اخرى: عدم الشيء تاره: يكون بعدم وجود علّته، واخرى:

بارتفاع ما يكون علّهً لوجوده، وثالثه: بإيجاد العلّه لعـدمه. ورابعهً بعـدم وجود حكمه، إذ عـدم الموضوع فى عالم التشـريع يكون بعـدم حكمه لاتّحادهمـا فيه، وخامسهً: بعـدم وجود المقتضـى لوجوده، مثلاً: وجوب الوضوء يقتضـى وجود الوضوء خارجاً، فإذا كان الوضوء ضرريّاً ارتفع وجوبه وبارتفاعه يرتفع الوضوء نفسه.

وعلى هذا، فإذا كانت مقدّمه الحكم المقتضيه لوجوده ضرريّهً وارتفعت بالقاعده، فذو المقدّمه - وهو الحكم - يرتفع بارتفاعها، لأنّ المقدّمه سبب لذى المقدّمه، وبارتفاع السبب يرتفع المسبّب.

تحقيق المقام

والتحقيق: إنه إن كان انحصار المثل بالفرد بمثابه كونه معدوماً، فوجوب شرائه ساقطٌ - لأنّ المرتكز من أدلّه الضمان الملقاه إلى العرف هو الفرد المتـداول من المثل - وينتقل الحكم إلى القيمه، وأمّا إذا لم يصل إلى تلك المثابه، فالشـراء بأى ثمن واجب، لا لعموم النصّ والفتوى كما عليه الشيخ،

۱- ۱) راجع: حاشيه المكاسب للمحقق الإيروانى: ۹۸

بـل لمـا ذكرنـا مراراً من إيكـال الشـارع فهم الضـمان إلى العرف، ومن الواضـح عنـد العرف أنّ الأمر بـدفع المثل يقتضـى كونه متداولاً وإلّا تلزم لغويّته، فإذا كان متداولاً وجب شراؤه ولو بأضعاف مضاعفه، ولا أثر لقاعده نفى الضّرر، لا لما ذكروا، بل للفرق بين مقدمه الواجب التكليفى وبين مقدمه الواجب الوضـعى، أمّا فى الأوّل، فإذا كانت المقدّمه ضرريّه انتفى وجوب ذى المقدّمه، وأمّا فى الثانى فلا، والضّـمان من هذا القبيل، وكذا الدّين، فإنّه يجب أداؤه وإنْ كانت مقدّمته ضـرريّةً، لاستقلال العقل بوجوب الخروج عن العهده، والقاعده لا ترفع الحكم العقلى. وكذا الكلام فى الكفّارات والديات والملكيّه والنجاسه... إلى غير ذلك.

وتلخّص: أنه إذا كـان المثـل إنّمـا يوجـد عنـد من يعطيه بأزيـد ممّـا يرغب فيه النـاس، وهو غير متـداول فى السّوق وكـان بمثابه المعـدوم، فلا تردّد فى الإنتقال إلى القيمه، لا لقاعـده لا ضـرر، بل لما ذكرنا من ظاهر أدلّه الضـمان بعد إيكال أمره إلى العرف، وأمّـا إذا لم يكن بتلـك المشـابه، فالشـراء واجبٌ، لاـ لعموم النصّ والفتوى - لما عرفت ما فيه - بل لظاهر أدلّه الضّـمان كـذلك، وقاعـده لاـ ضـرر غير مـانعه عن ذلـك، لاـ لما ذكر، لما عرفت، ولأنّ رفع الحكم مع بقاء موضوعه يسـتلزم انفكاك المعلول عن العلّه، وهو محال، وما يلزم منه المحال محال.

وهنا بيانٌ آخر، وهو:

إنه إذا تـوجّه الحكم التكليفى الشـرعى إلى طـبيعهٍ، كـأن قـال: الصـلاه واجبه، فكـان فرد منهـا ضـررياً، ارتفع الوجوب عن الفرد بقاعده لا ضرر، فهى فى الحقيقه مخصّصه مانعه، وأمّا لو كان الحكم متوجّهاً إلى موضوع ضررى

استحال ارتفاعه بالقاعده، لأنّ الشيء لا يمنع عن نفسه... وعليه، فلا يعقل أن تكون القاعده مانعةً عن دفع المثل، لأن ضمان المثل ودفعه ضررى.

حكم ما لو سقط المثل عن الماليّه فى زمن الدفع

بقى قول الشيخ:

بل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن الماليّه، كالماء على الشاطئ والثلج فى الشتاء.

أقول:

فيه خلاف، فعن جماعةٍ: تجب قيمه التّالف فى زمانه أو مكانه، وعن آخرين - ومنهم صاحب الجواهر (۱) - القول بوجوب المثل، لأن ماليّه الشيء اعتباريه ولا تدخل ضمن الضمان.

وقد ايّد بصحيحه العباس بن صفوان: «سأله معاويه بن سعيد عن رجلٍ استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت ولا يباع بها شيء، ألصاحب الدراهم الدراهم الاولى...؟ فقال عليه السّلام: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى» (۲).

وفيه نظر، لأنّ الماليه نقصت لا أنها زائله. هذا أوّلاً. وثانياً: إنّ الماليه منظوره فى الضمان، وما لا ماليّه له لا ضمان له، وما لا ماليّه له لا يخرج به عن الضمان.

۱- ۱) جواهر الكلام ۳۷ / ۹۹

۲- ۲) وسائل الشيعه ۱۸ / ۲۰۷، الباب ۲۰ من أبواب الصرف، الرّقم: ۴

حکم مطالبه المالک بالمثل فی بلد التلف وغیره

قال الشیخ:

ثم إنه لا فرق فی جواز مطالبه المالک بالمثل، بین کونه فی مکان التلف أو غیره، ولا بین کون قیمته فی مکان المطالبه أزید من قیمته فی مکان التلف أمْ لا...

وفی السرائر: أنه الذی یقتضیه عدل الإسلام والأدلّه واصول المذهب. وهو کذلک، لعموم: الناس مسّلطون علی أموالهم.

هذا مع وجود المثل فی بلد المطالبه، وأمّا مع تعذّره فسیأتی حکمه.

أقول:

قیل (۱): لیس له المطالبه إلّافی بلد التلف، إلّاأن یکون بلد المطالبه من البلدان التی نقل العین إلیها.

ولعلّه، لأن الضمان یکون مع العین أین ما کانت، فکما لو کان المالک موجوداً فی احدی البلدان التی نقلت إلیها وطالبه بها فی ذلک البلد، کان علی المشتری ردّ العین، وکان علیه دفع مثلها لو تلفت هناک، کذلک للمالک أنْ یطالبه بالمثل بقیمه ذاک البلد وإنْ کان التلف فی غیره، إذ یکفی کونه بلد الضّمان، کما لو سلّم المبیع سلماً فی غیر بلد المعامله، وإنْ کان المنصرف إلیه تسلیمه فیه.

ولکنّ مقتضی الأدلّه هو جواز المطالبه فی أی بلدٍ وإنْ زادت قیمته فیه علی بلد التالف، کإطلاق قاعده السّلطنه، فإنّ الشیء إذا تلف کان للمالک مثله

۱- ۱) جواهر الفقه: ۱۱۲

فى ذمّه المتلف، فله أخذه متى شاء وأين شاء، لأن معنى الحديث: أنّ الناس مسلّطون على أموالهم فى أىّ زمانٍ، وفى أىّ مكان، وكذا بأىّ ثمنٍ، لأنّ مماثل الشىء ما كان مشتركاً معه فى الخصوصيات، وأمّا ماليّته فأمرٌ اعتبارى خارج.

بل يمكن الاستدلال لذلك بإطلاق قوله تعالى «فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ» إذ لا ريب فى دلالته على جواز التّقاصّ، وحينئذٍ، فمقتضى إطلاقه عدم الفرق بين مكانٍ أو زمانٍ وآخر.

ص:٣٥٢

الثامن (۱)أحكام تعذّر المثل فی المثلی

اشاره

(۱)

قال الشیخ:

لو تعـذّر المثـل فی المثلی، فمقتضـی القاعـده وجوب دفع القیمه مع مطالبه المالک، لأن منع المالک ظلم، وإلزام الضامن بالمثل منفی بالتعذّر فوجبت القیمه، جمعاً بین الحقّین، مضافاً إلی قوله تعالی «فَمَنِ اعْتَدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ...» . ...

أقول:

قـال جماعه بالانتقال إلی القیمه مطلقاً، وفصّل الشّـیخ - والحقّ معه - بین مطالبه المالک وعـدم مطالبته، لأنّ الوجود الخارجی لا دخل له فی المثلیّه حتّی یقال بخروج الشیء عن المثلیّه إذا تعذّر المثل فی الخارج.

حکم دفع القیمه مع المطالبه

وقد استدلّ الشیخ علی وجوب دفع القیمه مع مطالبه المالک: بأنّه مقتضی الجمع بین الحقّین، وبالآیه المبارکه.

والتحقیق أن یقال: تارهً: یتعذّر الشیء إلی الأبد، واخری: یتعذّر فی زمانٍ خاصّ دون غیره، وثالثه: یتعذّر فی مکانٍ دون غیره. وما فی جامع

۱- ۱) وهو السادس فی کتاب المکاسب

المقاصد (۱) من أنّ التعذّر أمر عرفی، فغریب، إذ لم ترد الکلمه فی نصٍّ حتی یقال بالرجوع إلی العرف فی مفهومها، ورابعه: یتعذّر تحصیل الشیء علی الضّامن وإلّا فهو موجود فی الخارج، وعجزه عن تحصیله قد یکون فعلاً وقد یکون إلی الأبد.

فإنْ کان الشیء متعذّراً إلی الأبد، أو کان الضامن عاجزاً عن تحصیله کذلک، فلا حقّ للمالک أنْ یطالب بالمثل، کما لا حق للضّامن أن یستمهله، بل یجب علیه دفع القیمه بمجرّد المطالبه.

وإنْ کان الشیء متعذّراً فی زمانٍ أو مکانٍ، فطالب المالک بالقیمه، واستمهل الضّامن حتّی یأتی بالمثل فی الزمن اللّاحق أو من بلدٍ آخر، فلا مجال لشیء من الوجوه المذکوره.

إذن، لیس وجوب دفع القیمه علی إطلاقه.

أمّا الوجه الأوّل: فالظّلم عباره عن منع الغیر عن حقّه، فلابدّ أوّلاً من إثبات حقّ المطالبه بالقیمه - مع تمکّن الضّامن من دفع المثل - حتّی یکون منعه ظلماً، لکنّ استحقاق المالک لقیمه التالف أوّل الکلام، لأنّ الضّمان کان بالمثل، ولیس له المطالبه بقیمه المثل، لأنه لم یضمن المالیّه فی عرض الخصوصیّات، لأنّ المالیّه فی طولها، والمفروض هو التمکّن من تسلیم المثل بخصوصیّاته، فلا تصل النوبه إلی المالیّه حتی یجوز له المطالبه بالقیمه.

وأمّا الوجه الثانی، وهو الاستدلال بالآیه، لما ذکره الشیخ بقوله:

۱- ۱) جامع المقاصد ۶ / ۲۴۵

فإنّ الضّامن إذا الزم بالقيمه مع تعذّر المثل لم يعتد عليه بأزيد ممّا اعتدى.

ففيه: إن كانت الآيه تـدلّ على الضّـمان، كما تقـدّم فى الفرع الرابع، كان معناها: أنّ المعتدى ضامن بمثل ما اعتدى، والمفروض عـدم تحقق اعتـداء آخر يوجب الضـمان بـالقيمه، فمـا وجه الاسـتدلال بها لضـمانها؟ وإنْ كان معناها: تجويز التقاصّ، بأنْ يأخذ المعتـدى عليه كمـا أخـذ المعتـدى، فمن الواضـح أن مـورد التقـاصّ هو صوره الامتنـاع، والمفروض عـدمه من الضّـامن غير أنه يستمهل. هذا أوّلاً.

وثانيـاً: مقتضـى الاسـتدلال المـذكور جواز المطالبه بالقيمه مع وجود المثل - لأنّه لم يعتـد عليه بأزيـد ممّا اعتـدى - ولا يقول به أحد.

فظهر سقوط وجهى الشّيخ رحمه اللّه.

وأضاف السيد (۱) دليلين آخرين:

أحـدهما: إنّ المثل عباره عن الواجـد للخصوصـيّات والماليّه، وكلّ ذلك مسـتقرٌّ فى ذمّه الضامن وللمالك المطالبه بـذلك كلّه، وحينئذٍ، يجوز له رفع اليد عن الخُصوصيّات والمطالبه بخصوص الماليّه، لقوله صلّى اللّه عليه وآله: الناس مسلّطون على أموالهم.

والآخر: صبر المالك حتى يحصل المثل ضررى، فلا يجوز إلزامه به.

لكنّ مـا ذكره سـهو من قلمه، لأنه إذا تلفت العين زالت خصوصـيّه الشخصـيّه، وأمّا بقيه الخصوصـيّات الصـنفيّه والنوعيّه، فباقيه، والماليّه صفه قائمه بالخصوصيّات لا أنّها خصوصيّه فى عرضها اشتغلت بها ذمّه الضّامن

۱- ۱) حاشيه المكاسب ۱ / ۴۸۰

كذلك، فللمالك المطالبه بالمثل ذى الماليّه لا المطالبه بالماليّه، إذ لا معنى لأنْ يطالب بالصّفه دون الموصوف.

وبعباره اخرى: لم يكن المتلف ضامناً للقيمه - أى الدينار والدرهم - إلى جنب المثل، حتى يكون صاحب المال التالف مالكاً لها فى ذمّه الضامن، وإنما هى أمر اعتبارى متعلّق بالمثل، فهى لم تكن مورداً لسلطنه المالك حتّى يستدلّ بقاعده السّلطنه.

وأمّا أنّ صبره ضررى، ففيه: إنه ليس الصبر ضرريّاً، ولا أنّ هنا حكماً شرعيّاً ضرريّاً، حتى يرتفع بقاعده لا ضرر على كلا المسلكين فيها، نعم، عليه أنْ يصبر، لأجل تعذّر المثل، والمفروض عدم استحقاقه للقيمه.

إن قلت: عدم إيجاب الشارع لإعطاء القيمه ضررى، لأنّه يستلزم الصّبر وهو ضرر، فينقلب إلى نقيضه وهو وجوب الإعطاء.

قلت: إنّ القاعده ناظره إلى الأحكام وحاكمه على الأدلّه، ولم يكن عدم إيجاب القيمه على الضّامن حكماً مجعولاً حتى يرتفع بالقاعده، بل إنّه من ارتفاع الحكم بارتفاع موضوعه(۱).

هذا كلّه فى صوره مطالبه المالك.

حكم دفع القيمه مع عدم المطالبه

قال الشيخ:

وأمّا مع عـدم مطالبه المالك، فلا دليل على إلزامه بقبول القيمه، لأنّ المتيقن أن دفع القيمه علاج لمطالبه المالك وجمع بين حقّ المالك بتسليطه على المطالبه وحق الضّامن لعدم تكليفه بالمعذور والمعسور، أمّا مع عدم المطالبه فلا دليل على

ص:٣٥٧

سقوط حقّه عن المثل.

أقول:

هـذا يبتنى على المسالـك فى بـدليّه القيمه عن المثـل فى القيميّات، فـإن كـان هو تعـذّر المثـل ولو آناًمّا، فالبـدليّه متحققه، لأن المفروض تعـذّر المثـل، وإنْ كـان هو مقتضـى أدلّه الضـمان الموكول فهمه إلى العرف، فإنه إذا كان التعـذّر عنـد العرف موجباً للبـدليّه، فهو التعـذّر فى جميع الأزمنه، دون التعـذّر فِعلاً ومع فرض التمكّن من المثل فى وقت آخر لا ينتقل إلى القيمه، وليس للضّامن إلزام المالک بأخذها، واللّه العالم.

فإنْ قلت:

إنّ التعـذّر عباره عن عـدم إمكان الأداء، واعتبار ثبوت ما لا يمكن أداؤه على عهده الضّامن واشـتغال ذمّته به لغو، وحينئذٍ، ينتقل إلى القيمه، فيجوز للمالک المطـالبه بـالقيمه وللضّـامن إلزامه بقبولهـا مع عـدم مطـالبته، فلا يبقى للتفصـيل بين صوره المطـالبه وعدمها وجه.

قلت:

أوّلاً: إنّ الاعتبار الوضـعى يغاير التكليف، فلو تعـذّر متعلّق التكليف لم يعقل فعليّه التكليف، لأنّ الفعليّه عباره عن التحريک وهو والتحرّک متضائفـان، ولا ينفـک أحـدهما عن الآخر، كما أنّ التحريک والحركه واحـد حقيقهً، فإذا امتنع أحـدهما امتنع الآخر، ولذا قلنا باستحاله الواجب المعلّق عقلاً. أمّا اعتبار الحكم الوضعى فعلاً بلحاظ الأثر المترتّب عليه فيما بعدُ، فلا مانع منه.

وثانياً: قد ذكرنا أنّ الضّمان بمعنى الكفاله والكون فى العهده، فهو ضامن للعين التالفه، والمعتبر هو كفالتها، ومن الأحكام الشرعيّه والعرفيّه فى كفاله المثليّات هو أنّ إعطاء المثل بمنزله إرجاع العين، فالمشتغل به الذمّه هو الكفاله لا المثل حتّى يقال بالانقلاب إلى القيمه بسبب التعذّر.

وتلخّص:

إنه مع إمكان تحصيل المثل فى الزّمان الآتى أو فى مكانٍ غيره، ليس للمالك المطالبه بالقيمه، كما أنه ليس للضّامن إلزامه بأخذها، اللهم إلّاإذا تراضيا وتصالحا، فذاك أمر آخر.

هذا كلّه فى المتعذّر فعلًا الممكن تحصيله فيما بعد.

وأمّا إنْ كان متعذّراً إلى الأبد فى جميع الأزمنه والأمكنه، والمفروض تمكّنه من ماليّه العين التالفه، وجب عليه دفع القيمه لقيامها مقام الماليّه.

وحينئذٍ، يقع البحث فى أن الواجب دفع قيمه أىّ يوم.

قيمه أىّ يوم يدفع؟

قال الشيخ:

المشهور أنّ العبره فى قيمه المثل المتعذّر بقيمته يوم الدفع... ويحتمل اعتبار وقت تعذّر المثل وهو للحلّى... .

أقول:

إذا تعذّر المثل بقولٍ مطلقٍ كما هو المختار أو بالفعل كما عليه الشّيخ، ووجب دفع القيمه، فهل الواجب دفع قيمه المثل المتعذّر أو العين التّالفه؟

الظّاهر هو الثانى، لأنّه المضمون، فعليه دفع بدله وهو القيمه، وسيأتى توضيحه.

وقيمه أى يوم؟ يوم يدفع؟ يوم التعذّر أو يوم المطالبه أو يوم الأداء أو يوم التلف؟

أمّا يوم الأداء والدفع، فقد ذكر الشيخ دليله بقوله:

لأن المثل ثابت فى الذمّه إلى ذلك الزمان ولا دليل على سقوطه بتعذّره... .

أمّا الأوّل، فقد ذكر الشيخ دليله. بقوله:

لأنّه وقت الإنتقال إلى القيمه.

ثم أشكل عليه فقال:

ويضعّفه أنه إنْ اريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمّه إلى القيمه فى ذلك الوقت، فلا دليل عليه. وإنْ اريد عدم وجوب إسقاط ما فى الذمّه إلّابالقيمه، فوجوب الإسقاط بها وإنْ حدث يوم التعذّر مع المطالبه، إلّاأنه لو أخّر الإسقاط بقى المثل فى الذمّه إلى تحقق الإسقاط، وإسقاطه فى كلّ زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان، وليس فى الزمان الثانى مكلّفاً بما صدق عليه الإسقاط فى الزمان الأوّل.

هذا بناءً على أن عليه قيمه المثل المتعذّر.

وأمّا بناءً على التحقيق من أنّ عليه دفع قيمه العين التّالفه، لا المثل المتعذّر، إذ الخساره إنّما وردت على العين، وقد وجب عليه دفع المثل بمناسبه أن دفعه بمنزله إرجاع العين، فهو فى الحقيقه ضامن للعين المقبوضه فكان المثل يتدارك به العين التالفه، وإذا تعذّر فضمانه بالنّسبه إلى

العین باق، فالواجب علیه دفع القیمه - أی الدینار والدّرهم - بدلاً عن مالیّه العین التالفه - بقیمه یوم التعذّر... .

وهذا بیان مطلب الشیخ، وإنْ کانت عبارته مشتبههً، إذ قال:

ولکنْ لو استندنا فی لزوم القیمه فی المسأله إلی ما تقدّم سابقاً من الآیه ومن أن المتبادر من إطلاقات الضمان هو: وجوب الرّجوع إلی أقرب الأموال إلی التالف بعد تعذّر المثل، توجّه القول بصیرورته التالف قیمیّاً بمجرّد تعذّر المثل، إذ لا فرق... ما نحن فیه.

وقال المحقق الخراسانی معلّقاً علی قول الشیخ: لأنّ المثلیّ ثابت فی الذمّه: هذا علی المشهور من اشتغال الذمّه بالمثل. وأمّا علی ما هو ظاهر الأدلّه، فلأنّ العین باقیه علی العهده إلی ذاک الزمان، فیکون العبره بقیمه یوم الدفع لأنها قیمه العین لا المثل (1).

وتقریبه هو: إنّ العین الخارجیه کانت مرکّبه من الماهیه والوجود، فلمّا تلفت انعدم وجودها، لکنّ ماهیّتها وهی عباره عن الکلّی الطّبیعی موجوده اعتباراً فی ذمّه الضّامن، وحینئذٍ یکون مکلّفاً بإیجاد المصداق للکلّی وهو المثل، لکون التالف مثلیّاً، ودفعه إلی المالک حتی یخرج عن العهده، وهذا اللّحاظ نقول بأنْ المثلی یضمن بمثله، لکنّ المثل متعذّر والأمر الاعتباری المذکور لا یزال موجوداً، فلا وجه للقول بتبدّله إلی القیمه بسبب تعذّر المثل، بل إنّه إذا أراد تفریغ ذمّته وجب علیه دفع قیمه یوم الأداء.

ص:361

1- 1) حاشیه المکاسب: 37

وتلخّص إلى هنا:

أنّ فى المسأله قولين:

أحدهما: قيمه يوم تعذّر المثل، وهو الذى حكاه الشيخ عن جماعه.

والثانى: قيمه يوم الأداء، وهو الذى نسبه إلى المشهور.

وهنا قول ثالث - وهو مقتضى التحقيق - وهو: إنّ بقاء الشّىء اعتباراً فى الذمّه على الوجه المذكور أمرٌ لا يقبل الإنكار، ولكنْ هل هذا هو المستفاد من أدلّه الضمان؟ إنّ مدلول تلك الأدلّه - كما تقدّم مراراً - هو كفاله من تلفت العين بيده وكونها فى عهدته، وأنّ عليه تفريغ ذمّته بأدائها إلى مالكها، فإنْ كان لها مماثلٌ حصل التدارك بدفعه، ومع تعذّره يتدارك التالف بماليّته وهى عباره عن الدرهم والدينار المعبّر عنها بالقيمه، فالواجب دفع قيمه التالف يوم تلفه.

وهذا ما يفهمه العرف من أدلّه الضمان.

قال الشيخ:

ثم إنّ فى المسأله احتمالاتٍ اخر... وحاصل جميع الاحتمالات... .

أقول:

وملخّص الكلام أنه يحتمل أن يكون الواجب دفع قيمه:

١ - يوم قبض المبيع، لكونه مبدء الضمان وضع اليد على الشىء.

٢ - يوم التلف، لأنه ما دامت العين موجوده فالواجب إرجاع نفسها، ولمّا تلفت ومثلها متعذّر، وجب دفع قيمتها يوم تلفها.

۳ – يوم التعذّر.

۴ – يوم المطالبه.

۵ – يوم الأداء.

۶ – إن الواجب دفع أعلى القيم من حين القبض إلى يوم الأداء.

۷ – من حين القبض إلى يوم المطالبه.

۸ – من حين القبض إلى يوم التعذّر.

۹ – من حين القبض إلى يوم التلف.

وقيمه المثل:

هو أعلى القيم من حين تعذّره إلى يوم المطالبه، أو إلى يوم التعذّر، أو من حين تعذّره إلى يوم التلف أو إلى يوم الأداء؟

وهى احتمالات كثيره، إلّاأنه لا حاجه إلى البحث عنها، بعد أنّ ذكرنا المهمّ منها والمختار من بينها، وملخّص ذلك:

إن المثل إذا تعذر ينتقل إلى القيمه، إما قيمه المثل نفسه أو قيمه التالف، فمقتضى الاعتبار العقلى وجوب دفع قيمه المثل وإنْ كان بينها وبين قيمه التالف فرق، وذلك، لأن التالف هو الوجود الخارجى للشىء وماهيّته موجوده اعتباراً فى الذمّه، فيجب عليه الوجود الآخر المماثل للوجود الأوّل الذى تلف، وإذا تعذّر الوجود الثانوى وجب عليه دفع قيمته.

ولكنْ هذا الاعتبار العقلى تام ثبوتاً، أمّا إثباتاً، فإنّ تنزيل أدلّه الضمان على هذه الدقّه العقليّه، غير ممكن، بل ظاهرها أنّ المثل إنّما وجب ليتدارک

به الخساره الوارده بتلف العين، فإذا تعذّر ووجب الإنتقال إلی القیمه، فإن الواجب دفعه هو قیمه التالف.

وبعد هذا، فما هو المراد من التعذّر أو الفقد أو الإعواز کما فی عباراتهم؟

فی المراد من التعذّر وإعواز المثل

قال الشیخ:

ثم إن المحکّی عن التذکره أن المراد بإعواز المثل: أنْ لا یوجد فی البلد وما حوله. وزاد فی المسالک قوله... وعن جامع المقاصد... ویمکن أن یقال... نعم، لو انعقد الإجماع علی ثبوت القیمه عند الإعواز تعیّن ما عن جامع المقاصد... .

أقول:

ظاهر الشیخ أن جامع المقاصد أرجع معنی «الإعواز» إلی العرف، ولا تخفی غرابته، لأن الکلمه لم ترد فی نصٍّ حتی یرجع فی مفهومها إلی العرف، لکنّ الصحیح أنّ جامع المقاصد یرید الرجوع إلی العرف فی معرفه مفهوم «حوالی البلد» لا فی مفهوم «الإعواز»، وهذه عبارته: «واعلم أن المراد من تعذّر المثل أنْ لا یوجد فی ذلک البلد وما حوالیه، کذا ذکر فی التذکره، ولم یحد ما حوالیه، والظاهر أن المرجع فیها إلی العرف» (۱).

وعلی الجمله، فهنا قولان: أحدهما: أن المراد هو البلد وما حوله ممّا ینقل عادةً منه إلیه، کما ذکروا فی انقطاع السّلم فیه، وقد أشار الشهید الثانی

۱- ۱) جامع المقاصد ۶ / ۲۴۵

بهذا النظير إلی النصوص فی السّلم، کقوله علیه السّلام: الحلبی سئل أبو عبداللّه عن رجلٍ یسلم... فسأل صاحب الحق... قال: لا بأس... .

والقدره المتعارفه عباره عن القدره فی البلد وما حوله، ونقیض ذلک:

عدم القدره علی الشیء فی البلد وما حوله.

والإنصاف: عدم تمامیّه الاستدلال بأخبار السّلم لما نحن فیه، إذ الظاهر فی السّلم هو انصراف العقد إلی الکلّی المقدور علیه فی البلد وحوالیه، لأن القدره علی التسلیم من الشرائط، وهی القدره المتعارفه المذکوره، ولا ربط لذلک بما نحن فیه.

والثانی: إنه غیر محدود بحدٍّ، لأنّ مورد البحث - کما هو ظاهر کلماتهم - هو التعذّر الموقّت لا التعذّر بقولٍ مطلقٍ، ولیس فی البین نصٌّ یدلُّ علی أن المقصود من «المثل» ما یقع تحت الید بسهولهٍ ولا مؤنهٍ زائده، بل مقتضی نصوص الضّمان فی أنّ علی الضّامن الخروج عن عهده الکفاله بدفع المثل النازل بمنزله التالف، هو وجوب تحصیل المثل فی أیّ بلدٍ کان أو فی أیّ زمانٍ، کما کان مکلّفاً بإرجاع نفس العین إنْ أخذها إلی بلادٍ نائیهٍ، بلا فرق... وقد تقدّم الجواب عن دعوی مانعیّه قاعده نفی الضرر عن ذلک.

والقول الثانی هو المختار.

والحاصل:

إن علی الضّامن أنْ یرجع العین إلی صاحبها وإنْ استلزم المؤونه الکثیره، بل لو فرض إمکان إعاده المعدوم وجب علیه ذلک، وإن تلفت وجب علیه دفع المثل، وإنْ تعذّر فهو ضامن للمالیّه، وهذا حکم وضعی

يجب عليه الخروج عن عهدته.

ثم إن الأحكام الوضعيّه على أنحاء:

فمنها: ما هو مطلق، كالقرض.

ومنها: ما هو مقيّد بقيدٍ، كالحليّه فى الذّبيحه، فإنها مقيده بأنْ لا يكون الذابح محرماً، وديه القتل مقيده بأنْ يكون شبه العمد، وملكيّه اللّقطه مقيّده بأنْ لا تكون فى الحرم... وهكذا... .

فالأحكام الوضعيّه تجعل تارةً على الإطلاق واخرى مقيّدةً.

فهل ضمان المثل مطلق أو مقيّد بقيد القدره؟ وعلى الثانى: فهل المراد القدره العقليّه، بأنْ يجب عليه تحصيلها بأىّ مؤونةٍ، أو القدره المتعارفه، فلو كان مثل العين التالفه عند شخص لا يبيعه إلّابأضعاف، فلا قدره على شرائه عند العرف، أو المراد هو المتعارف تحصيله ولو من البلاد البعيده، أو خصوص القدره فى البلد وما حوله؟

إذن، لابدَّ من تحرير المراد من «التعذّر» و«الإعواز» وعدم القدره على المثل، فنقول:

إنّ الظاهر المتفاهم عرفاً من أدلّه الضمان، هو المقدور بحسب المتعارف ولو من البلاد البعيده، ويقابله الإعواز والتعذّر، ولو شككنا فى المراد من القدره هنا، رجع الشك إلى ضمان الزائد على المقدور عليه بالقدره المتعارفه، والأصل عدمه، فما كان خارجاً عن ذلك فهو المتعذِّر، وحينئذٍ، يتدارك العين التالفه بالقيمه، أى بالدينار والدرهم.

وبهذا يرد الاشكال فى كلام الشيخ المذكور سابقاً، إذ قال «يجب تحصيل

المثل بأى ثمنٍ كان» مستدّلاً بقاعده السلطنه، لأن موضوعها كون الشّىء مالاً للنّاس، وهذا - حيث يكون متعذّراً تحصيله عرفاً - أوّل الكلام.

هل الاعتبار بقيمه بلد المطالبه أو التلف أو الأعلى منهما؟

قال الشيخ:

ثم إنک قد عرفت أن للمالک مطالبه الضّامن بالمثل عند تمکّنه ولو کان فی غیر بلد الضمان، وکانت قیمه المثل هناک أزید.

وأمّا مع تعذّره وکون قیمه المثل فی بلد التلف مخالفاً لها فی بلد المطالبه، فهل له المطالبه بأعلى القیمتین أم یتعیّن قیمه بلد المطالبه أم بلد التلف؟ وجوه.

وفصّل الشیخ فی المبسوط...».

أقول:

هذا مبنیٌّ على قول المشهور أنّ المثل فی المثلی، وأنه إذا تعذّر وجب علیه دفع البدل، ولکنه لم یذکر فی الوجوه بلد الأداء.

وقبل الورود فی البحث، نذکر مقدّمتین:

الأُولى: إنّ اشتغال الذمّه لیس بضمانٍ، فلو اشترى شیئاً نسیئهً فذمّته مشغوله بالثمن، لا أنه ضامن له، وفی بیع السّلم تشتغل ذمه البائع بالمبیع ولیس بضامنٍ له، لأنّ الضّمان - کما تقدّم - کون الشیء على العهده، فإنْ کان له وجود خارجاً وجب علیه إرجاعه إلى صاحبه، أو إلى محلّه کمن أخرج شخصاً من بیته لیلاً فهو ضامن بإرجاعه إلى بیته، وکذا المشتری، فإنه یضمن بدل المبیع ببدله المسمّى، أو الواقعی - وهو المثل أو القیمه - إنْ تلف.

والحاصل: إنّ الكفاله بإرجاع العين أو بـدلها وهى الضّـمان شـىء، واشـتغال الـذمّه شـىء آخر. وبعباره اخرى: إنّ الضّـمان يتعلّق بـالعين، فمـا دامت موجـودهً ويمكن إرجاعهـا، وجب عليه الإرجـاع، وإن كـانت موجوده ولا يمكن إرجاعهـا، وجب عليه بـدل الحيلوله، وإن كانت تالفهً وجب عليه دفع المثل إنْ وجد، وإنْ تعذّر وجب علهى دفع قيمه العين التالفه لا قيمه المثل.

الثـانيه: إنّ التلف من شـئون وجود الشـىء، والممـاثله تنسب إلى الوجود ويقـال وجودان متماثلان، والتمكّن والتعـذّر من أحوال الوجود، وكـذا الماليّه، وعليه، فإذا تلف الشـىء كان الثابت فى الذمّه اعتباراً هو الماهيّه، فإنْ كان لها قابليّه الوجود فى ضـمن فردٍ مشـابه للتـالف، كـان التـالف مثليّاً وإلّـا فهو قيمى، فالمعتبر فى الـذمّه ليس هو الوجود الخارجى للمماثل، فلا معنى لأنْ يقال بأنّ المثل فى الذمّه.

وعلى الجمله، فكـلّ شـىء إذا تلف انعـدم وجوده، فـإنْ كانت ماهيّته الطبيعيه قابلهً لأنْ تصـدق على أفرادٍ متشابهه، فالتالف مثليّ وإلّا فهو قيمى.

فظهر: إن القول بـأنّ الإنسـان يضـمن المثـل إذا كـان التالف مثليّاً باطل، لأنّ المثل هو الموجود المماثل للتالف، والوجود لا يأتى إلى العهده والذمّه.

وعلى هـذا، فلو حصل المثل فى الخارج، فلا إشـكال فى وجوب ردّه وبـذلك تبرء الـذمّه، وأمّا إذا تعذّر المثل واسـتقرّ فى الذمّه قيمه التـالف، فـإنْ كـان التلف فى وقت الرّخص وجب عليه قيمه ذلـك الوقت، وإنْ كان فى وقت الغلاء، وجب عليه قيمه ذلك الوقت، وإنْ كان فى وقت متوسّط بين الرّخص

والغلاء، وجب عليه قيمه ذلك الوقت.

وبهذا تعرف: أنْ لا موضوع للوجوه المذكوره أصلاً.

وكذا الكلام فی اجره المثل، فلو جلس فی دار غيره غصباً، لم ينظر إلی بلد المطالبه أو التلف وغير ذلك، بل ينظر إلی الوقت الذی وقع فيه الغصب وما كان يحصل عليه صاحب الدّار لو آجرها فی ذلك الوقت.

وكلّ ذلك لأنّ الذی يكون علی الذمّه هو بدل التّالف مثلاً أو قيمه، فإذا تعذّر المثل وجب دفع قيمه التالف، فإنّ ذلك هو المخرج عن عهده الخساره الوارده علی المالك.

حكم ما لو سقط المثل عن الماليّه

قال الشيخ:

بقی الكلام فی أنه هل يعدّ من تعذّر المثل خروجه عن القيمه، كالماء علی الشاطئ إذا أتلفه فی مفازه والجمد فی الشتاء إذا أتلفه فی الصيف، أمْ لا؟ الأقوی بل المتعيّن: هو الأوّل... .

أقول:

قد ذكرنا أن المضمون هو العين إذا تلفت، وقوام معنی الضّمان هو التعهّد بتدارك الخساره الماليّه، وأنّ المعتبر ثبوته فی الذمّه هو الماهيّه القابله للصّدق علی مماثل التالف - لا العين الخارجيّه ولا مثل العين، إذْ لا معنی لاعتبار الوجود الخارجی بخارجيّته - وهی المراد من المثل، فالمثلی ما إذا تلف يعتبر فی الذمّه ماهيّته التی لها مصداق فی الخارج، وذلك المصداق

مماثـل للتـالف، ونحن، وإنْ قلنـا فی البحوث السـابقه بـأنه یجوز عقلاًـ اعتبـار ثبوت المـاهیّه فی الـذمّه وأنه یجب دفع المصـداق الخارجی، لکنّا ذکرنا أنْ هذا الأمر العقلی ممّا لا یتنبّه له أهل العرف الّذین القیت إلیهم نصوص الضمان وهم المخاطبون فیها.

فعلی مسـلکنا المزبور – وهو الصـحیح – لاـ منـاص من الحکم بوجوب دفع القیمه فی مسألتنـا، لأـنّ مـا لا مالیّه له لا یتـدارک به المال، فلابدّ من دفع القیمه، وسیأتی بیان ما یجب دفعه.

وربما یظهر من صاحب الجواهر (۱) المیل إلی کفایه دفع المثل وإنْ کان ساقطاً عن المالیّه، لوجوه:

أحـدها: إنه قـد تقرّر عنـد المشـهور أنّ المثلی بالمثل، فإذا دفعه خرج عن العهده وإنْ کان خارجاً عن القیمه، فهو کما لو اشتری عیناً بالبیع الفاسـد أو غصـبها، فکانت حین الردّ إلی مالکها خارجهً عن القیمه، حیث لا إشـکال فی خروجه عن العهده بردّها إلیه کذلک.

والثانی: إنّ المثل الـذی یضـمنه الضامن هو المماثل للتالف فی الذّات والصّـِفات، وأمّا مالیّته فلم تکن مضـمونهً، ولذا یکون دفع المثل مبرءاً للذمّه وإنْ کانت قیمته أقلّ قیمه التالف. وأیضاً: یجب علیه دفعه وإنْ کانت قیمته أکثر، ولا یجوز له مطالبه الفرق من المالک، فلو کانت مالیّه التالف مضمونهً لطالب المالک بالفرق فی الفرض الأوّل والضامن فی الفرض الثانی.

والثالث: ما رواه معاویه بن سعید فی الصّحیح: «عن رجلٍ استقرض

۱- ۱) جواهر الکلام ۳۷ / ۹۹

دراهم من رجلٍ وسقطت تلك الدراهم أو تغيّرت، ولا يباع بها شيء، ألصاحب الدراهم الاولى أو الجائزه التى تجوز بين الناس؟ فقال: عليه السلام: لصاحب الدّراهم الدراهم الأولى» (۱).

فقوله: «سقطت أو تغيّرت» والسّقوط المقابل للتغيّر عباره عن السقوط عن الماليّه بالكليّه، دليلٌ على أنّ الواجب دفع المثل وإنْ خرج عن القيمه، والدراهم من المثليّات.

والرابع: إنه على فرض الشك فى بقاء المثل على الذمه بسقوطه عن القيمه يستصحب بقاؤه ويكون إعطاؤه موجباً لفراغ الذمّه.

لكنّ الإنصاف عدم إمكان المساعده على ذلك، لأنّا لو سلّمنا اشتغال الذمّه بالمثل، فإنه لا موضوعيّه للمثل، وإنما اشتغلت الذمّه به لأجل أنْ يتدارك به المال التالف، ولا معنى لأنْ يتدارك بما لا ماليّه له، فإذن، لابدّ أنْ يكون مِثلًا ذا ماليّه حتّى يحصل به التدارك.

وقياس ما نحن فيه بالمبيع بالبيع الفاسد الموجود فعلًا أو المغصوب، فى غير محلّه، لأنّ الضمان هناك ضمان اليد، وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدّى، فعليه أداء العين المفروض بقاؤها، سواء كانت باقيةً على قيمتها أو زادت أو نقصت، والضمان فيما نحن فيه ضمان الإتلاف والواجب فيه الخروج عن عهده الخساره.

وهذا جواب الوجه الأوّل.

وأمّا الثانى ففيه: إنّه قد اشتغلت الذمّه بالمثل على وجه الطريقيّه لأداء

۱- ۱) وسائل الشيعه ۱۸ / ۲۰۷، باب حکم من كان له على غيره دراهم...، الرّقم: ۴

الخساره لا الموضوعيّه، وإذا سقط عن الماليه لم يتحقق بدفعه تدارك الخساره، إذ لا يتدارك المال إلّابالمال.

وقياس ما نحن فيه بصوره نزول القيمه أو صعودها، فى غير محلّه كذلك، لأنّ التدارک فى هذه الصّوره حاصلٌ لِماليه المثل، بخلاف مسألتنا حيث لا ماليّه للمثل أصلاً.

وأمّا الصّحيحه، فالمراد من «السقوط» فيها هو الخروج عن الرّواج فى السّوق، لأنّ الدراهم لا تسقط عن الماليّه، فسقط الاستدلال بها للمقام.

على أنّ الموضوع فى الصّحيحه هو القرض، ولا ريب فى وجوب إرجاع الشىء المقترض إذا كان باقياً، سواءً نقصت قيمته أو زادت، ولذا يمكن القول بأنه لو اقترض ماءً جاز له أداؤه على شاطئ البحر، لكنّ الكلام هنا فى الضمان وتدارك الخساره، فإنه لا يحصل بما لا ماليّه له.

وبما ذكرنا يظهر أنْ لا مجال للشكّ، نعم، لو وصلت النوبه إليه لكان المحكّم هو الاستصحاب كما ذكر.

هذا كلّه فى أصل المسأله.

قال الشيخ:

والمصرّح به فى محكّى التذكره والإيضاح والدروس: قيمه المثل فى تلك المفازه، ويحتمل آخر مكان أو زمان سقوط المثل عن الماليّه.

أقول:

إنْ كان الضّمان هو ضمان العين وأنّ الواجب هو الخروج، عن العهده

بالنسبه إليها كما هو المختار، وجب دفع قيمه المثل فى المغازه إذا أتلف الماء فيها، وقيمه الجمد إذا أتلفه فى الصّيف. وإنْ كان المثل فى الذمّه كما عليه المشهور، فالمتعيّن هو آخر مكانٍ أو زمان سقط المثل فيه عن الماليّه، واللّه العالم.

ص:۳۷۳

فرع

قال الشيخ:

لو دفع القيمه فى المثلى المتعذّر مثله ثم تمكّن من المثل، فالظاهر عدم عود المثل فى ذمّته... هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمّه بالإعواز. وأمّا على القول بسقوطه وانقلابه قيميّاً... .

أقول:

ملخّص كلامه: إن لإعطاء القيمه أنحاء:

تارةً: المثل باق على الذمّه، فلا انقلاب إلى القيمه مطلقاً.

واخرى: انقلاب العين التالفه إلى القيميّه.

وثالثه: انقلاب المثل المتعذّر إلى القيميّه.

أمّا على الأوّل، حيث أنّ المثل باق على الذمّه إلى حين المطالبه أو الأداء، غير أنّ المالك لا يصبر ويرضى بالقيمه، فتقع المعاوضه قهراً بين المثل والقيمه، وإذا تحققت المعاوضه سقط المثل عن الذمّه وإلّا يلزم الجمع بين البدل والمبدل، وإذا سقط فلا يعود.

وأمّا على الثانى، فأولى بالسّقوط، لأن المدفوع نفس ما فى الذمّه.

وأمّا على الثالث، فيحتمل وجوب المثل عند وجوده، لأنّ القيمه المدفوعه بدل الحيلوله عن المثل، وسيأتى أن حكمه عود البدل عند انتفاء الحيلوله.

ص:۳۷۴

لكنّ المهمّ هو نصوص الضّمان، وقد قلنا أنها منزّله على المتفاهم العرفى، وأهل العرف يفهمون من الضّمان وجوب التدارک، فإنْ کان المثل متمكّناً منه عادةً فهو، وإلّا فالقيمه، قيمه العين التالفه فى زمن التلف، وعليه، فإذا دفع القيمه كذلک حصل التدارک وخرج عن العهده، وكذا لو رضى المالک بالقيمه مع عدم تعذّر المثل.

ويبقى الكلام فى النحو الثالث، فنقول:

إنّ «الضمان» يتحقق بالأطراف الأربعه: العين المضمونه، والضّامن، والمضمون له، وما به يتدارک الضمان، وبدل الحيلوله بدلٌ عن العين المضمونه، إذ به يتدارک سلطنه المالک على ملكه، وفيما نحن فيه بناءً على كون المثل فى الذمّه، وأنّه بتعذّره ينزل منزله التلف يصير قيميّاً - نقول: إن المثل هو ما به يتدارک الضمان، وليس هو المضمون، وحينئذٍ لا معنى لبدل الحيلوله.

فظهر أنّ الحقّ فى جميع الصّور عدم عود المثل إلى الذمّه.

ص:۳۷۵

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلی التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلی أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب علی تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب

إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة

إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة

افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها

تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ((sms

إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس

إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ۸ أنظمة؛

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزى
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥
هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١
قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩